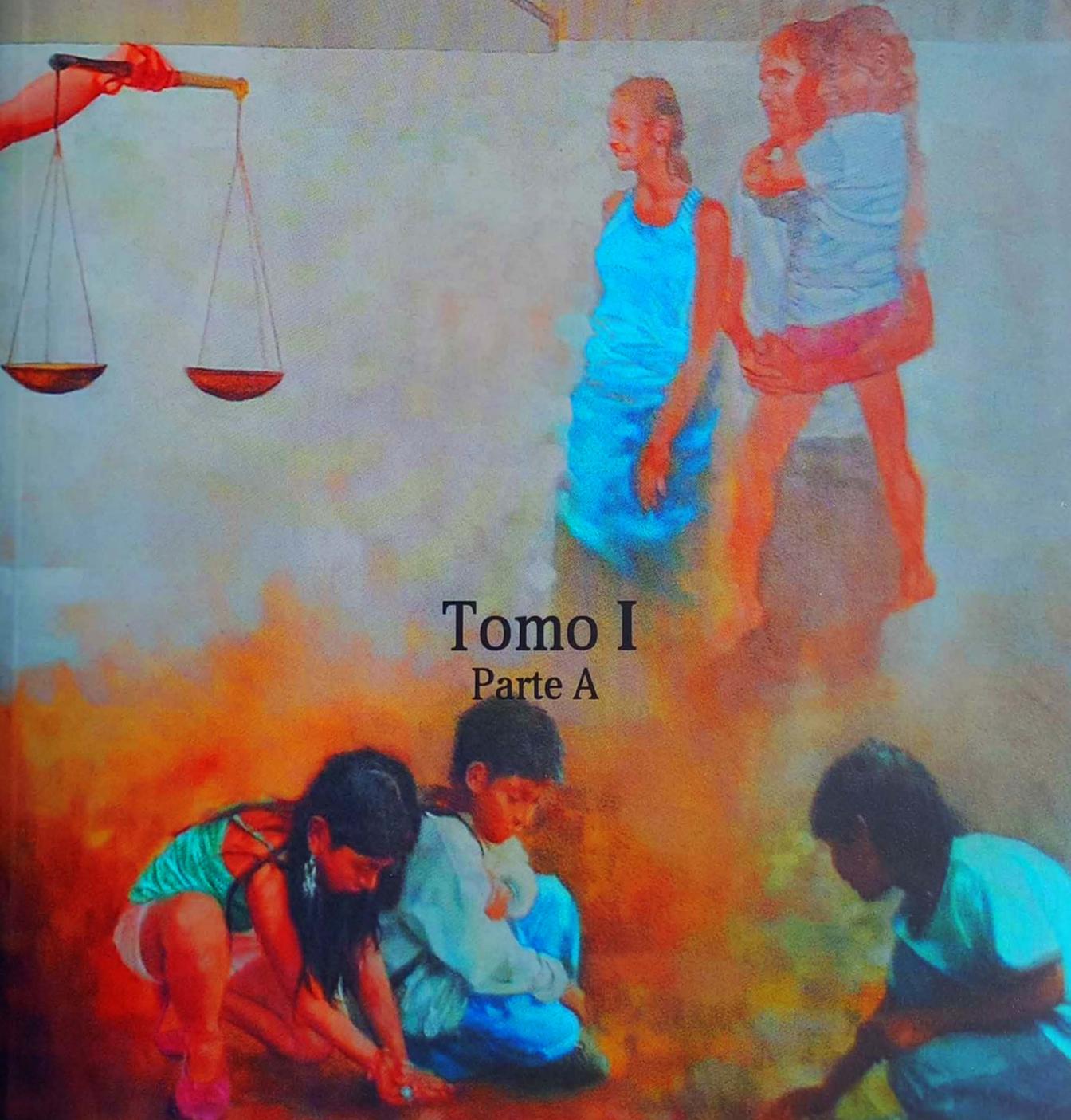




Asuntos Electorales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2015



Tomo I
Parte A



Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2015

Asuntos Electorales

Tomo I A



Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2015

Asuntos Electorales

Tomo I A



República de Colombia
Consejo de Estado
Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2015

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta

Rocío Araújo Oñate
Consejera de Estado

Susana Buitrago Valencia
Consejera de Estado¹

Carlos Enrique Moreno Rubio
Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado.

Portada
“Alegoría a la Justicia”
Óleo sobre lienzo
Luis Alejandro Velandia Villa

Diseño e impresión
Imprenta Nacional de Colombia
Bogotá, Colombia

ISSN: 978-958-8857-44-2

Publicación realizada con el apoyo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura - CENDOJ

¹ La doctora Susana Buitrago Valencia ejerció sus funciones como Consejera de Estado hasta la terminación de su periodo constitucional, el 22 de mayo de 2015.

Contenido

TOMO I PARTE A

Rocío Araújo Oñate

NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00003-00

Actor: Ministerio de Educación

Demandado: Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00030-00

Actor: Ciro Alberto Vargas Silva

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Guainía.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00069-00(S)

Actor: Yuri Cristina Buelvas Silva

Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Bolívar

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-0114-00

Actor: Jorge Eduardo Géchem Turbay

Demandado: Senadores de la República.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00004-00

Actor: Ministerio de Educación Nacional

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00059-00

Actor: Rómulo Cornejo Jaimes

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander.....

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01626-01

Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez

Demandado: Contraloría General de la República

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00

Actor: Pablo Bustos Sánchez

Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00
Actor: Carlos Mario Isaza Serrano
Demandado: Contralor General de la República

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00129-00
Actor: Pablo Bustos Sánchez
Demandado: Contralor General de la República

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00010-00
Actor: Duván Andrés Arboleda Obregón
Demandado: Universidad Surcolombiana.....

Radicación número: 11001-03-28000-2014-00057-00
Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Santander

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00
Actor: Carlos Mario Isaza Serrano
Demandado: Contralor General de la República

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00132-00 (S)
Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas
Demandado: Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00
Actor: Iván Medina Ninco
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Huila.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00033-00
Actor: Eduardo Quiroga Lozano y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Arauca.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00
Actor: Iván Medina Ninco
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción del Huila

Aclaración de la Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00
Actor: Iván Medina Ninco
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Huila

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-01845-01
Actor: Rodrigo Arcila Parra y otra
Demandado: Director Regional del Sena en el Valle del Cauca.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00023-00
Actor: Federico González Campos
Demandados: Representantes al Consejo de Gobierno Judicial.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00026-00
Actor: William Efraín Castellanos Borda
Demandado: Representantes al Consejo de Gobierno Judicial.....

NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00027-00

Actor: Óscar Conde Ortiz
Demandado: Universidad de la Amazonía.....
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00033-00
Actor: Eduardo Quiroga Lozano y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Arauca

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00041-00
Actor: Luis Alfonso Ruiz y otros
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico.....

Radicación número: 13001-23-31-000-2006-00239-01
Actor: YENIS CASTILLO QUINTANA
Demandado: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00095-00
Actor: JORGE BASTO PRADA
Demandado: SENADOR DE LA REPÚBLICA.....

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00343-01
Actor: Alfonso Álvarez Reales y otros
Demandado: Universidad de Cartagena.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00028-00
Actor: Partido Liberal Colombiano y otro
Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá.....

Radicación número: 1001-03-28-000-2014-00057-00
Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Santander.....

Aclaración de la sentencia Radicación número: 1001-03-28-000-2014-00057-00
Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Santander.....

FALTA INCLUIR ESTA SENTENCIA
12. 11001-03-28-000-2014-00023-00D

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00088-00
Actor: Cristóbal de Jesús Díaz Romero y otros
Demandado: Presidente de la República.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00091-00
Actor: Cristóbal de Jesús Díaz Romero y otro
Demandado: Vicepresidente de la República.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00
Actor: Pablo Bustos Sánchez
Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral.....
NULIDAD – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00100-00
Actor: Gloria Isaza
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00
Actor: Federico González Campos
Demandado: Direccion Ejecutiva de Administracion Judicial.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00

Actor: Federico González Campos
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00
Actor: Federico González Campos
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00
Actor: Federico González Campos
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00
Actor: Federico González Campos
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....

NULIDAD – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00138-00
Actor: Luz Fanny García Ruiz
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00100-00
Actor: Gloria Isaza
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - AUTO

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00021-00
Actor: Federico González Campos
Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....

NULIDAD POR RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTO

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00017-01(C)
Actor: Néstor Guillermo Cruz Cruz
Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

PÉRDIDA DEL CARGO – AUTO

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00006-01
Actor: Consejo Nacional Electoral
Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán.....

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E)

NULIDAD ELECTORAL – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00099-00
Actor: Heriberto Arrechea Banguera y Otros
Demandado: Representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.....

Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00366-00
Actor: Saúl Villar Jiménez y Otro
Demandado: Representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00009-00
Actor: Diego Andrés García Niño
Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....

NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00089-00

Actor: Heriberto Arrechea Banguera y Otros

Demandado: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00029-00

Actor: Jesús Javier Parra Quiñones

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de La Guajira.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00042-00

Actor: Juan Luis Pérez Escobar

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Sucre

Susana Buitrago Valencia

NULIDAD ELECTORAL – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00141-00

Actor: Astrid Castellanos Correcha

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00087-00.....

Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño

Demandado: Presidente y Vicepresidente de la República

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02808-03

Actor: Luis Agustín Castillo Zarate

Demandado: Notario Cincuenta y Ocho del Círculo de Bogotá.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00414-00

Actor: Hospital de Occidente de Kennedy III Nivel ESE

Demandado: Representante del Estamento Científico ante la Junta Directiva del Hospital de Occidente de Kennedy.....

Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00298-01

Actor: Eladio Antonio del Portillo Roncancio

Demandado: Alcalde del Municipio de Tenerife

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00121-01

Actor: Eliana Marcela Montoya Román

Demandado: Universidad de Antioquia

Radicación número: 11001-03-28000-2014-00057-00 (S)

Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y Otro

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Santander.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00141-01

Actor: Astrid Castellanos Correcha

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00114-00(S)

Actor: Jorge Eduardo Géchem Turbay

Demandado: Senadores de la República.....

NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00047-00

Actor: Albeiro Adolfo Benítez Vargas

Demandado: Universidad de la Amazonia.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00050-00
Actor: Wilson Pérez Blanquicet
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico.....

Radicación número: 10001-03-28-000-2014-00056-00
Actor: Yina Milena Pinzón Montero
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00022-00
Actor: Wilfrand Cuenca Zuleta
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Huila

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00061-00
Actor: Juan Luis Pérez Escobar
Demandado: Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00021-00
Actor: Sergio David Becerra Benavides
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Amazonas

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00137-00
Actor: Gustavo Adolfo Sánchez
Demandado: Magistrado Consejo Nacional Electoral.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00104-00
Actor: Manuel Viterbo Palchucan Chingal
Demandado: Senador de la República por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Indígenas

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00
Actor: Adelaida Atuesta Colmenares
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00113-00
Actor: Jorge Basto Prada
Demandado: Senador de la República

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00734-01
Actor: Wilton Molina Siado
Demandado: Concejal del Distrito de Barranquilla

TOMO I PARTE B

Susana Buitrago Valencia

NULIDAD – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00030-00.....
Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra
Demandado: Consejo Nacional Electoral

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00
Actor: Édgar Humberto Silva González
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

Aclaración de la Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00
Actor: Édgar Humberto Silva González
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

Carlos Enrique Moreno Rubio

NULIDAD ELECTORAL – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00020-00

Actor: Ministerio de Educación Nacional

Demandado: Universidad Popular del Cesa.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00024-00

Actor: Rubén Darío Bravo Rondón

Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil.....

Radicación número: 81001-23-33-000-2015-00044-01

Actor: Jhoan Javier Giraldo Ballén

Demandado: Departamento de Arauca y otros

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00130-00(S)

Actor: Waldir Cáceres Cuero y otros

Demandado: Contralor General de la República

NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00134-00

Actor: Wilton Molina Siado

Demandado: Magistrados del Consejo Nacional Electoral

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00087-00

Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño

Demandado: Presidente y Vicepresidente de la República

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00043-01

Actor: Luis Guillermo Céspedes

Demandada: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca.....

NULIDAD – AUTO

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00(S)

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.....

Alberto Yepes Barreiro

NULIDAD ELECTORAL – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00097-00(S)

Actor: Fabian Leonardo Reyes Porras y otros

Demandado: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes.....

Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00656-01

Actor: César Eladio Campos Arana

Demandado: Delegados al Congreso Nacional de Cafeteros y Representantes del Comité Departamental de Cafeteros del Tolima

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00001-00

Actor: Carlos Julio Martínez Becerra

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00007-00
Actor: Natalia Calderón Páez
Demandado: Universidad Pedagógica Nacional.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00012-00
Actor: Florencio Candelo Estacio
Demandado: Universidad del Pacífico.....

Radicación número: 4700-123-33-000-2013-00236-01
Actor: Augusto Modesto Bermudez Fula
Demandado: Industria Licorera del Magdalena.....

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00108-01
Actor: Juan David Acosta Echeverry
Demandado: Instituto Tecnológico del Put umayo.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00110-00
Actor: Carlos Nery Lopez Carbone
Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00
Actor: William Yesid Lasso
Demandado: Rector de la Universidad Popular del Cesar.....

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00101-01
Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez
Demandado: Contraloría General de la República.....

NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00082-00
Actor: Cristian Andrés Godoy Gonzalez y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00093-00
Actor: Jorge Ignacio Salcedo Galán y otra
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial por Comunidades Indígenas.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00058-00
Actor: Juan Luis Pérez Escobar
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Valle del Cauca.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00128-00
Actor: John Efrén Rodríguez Barrera y otro
Demandado: Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00023-00
Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros
Demandado: Representante Cámara por el Departamento de Sucre.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00068-00
Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros
Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00132-00
Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas
Demandado: Corporación Autónoma Regional del Quindío.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00062-00
Actor: Henry Hernández Beltrán y otros
Demandado: Representantes a la Cámara por Bogotá, D. C.

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00007-00
Actor: Natalia Calderón Páez
Demandado: Universidad Pedagógica Nacional

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00543-01
Actor: Enrique Antonio Celis Durán
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00542-01
Actor: Enrique Antonio Celis Durán
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00008-00
Actor: Oriol Alberto Ramos Salazar
Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.....

NULIDAD - AUTO

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00027-00
Actor: Jaro Alberto Ramírez Santacruz
Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil y otro

ALBERTO YEPES BARREIRO (E)

NULIDAD ELECTORAL – AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00107-00(S)
Actor: Eduardo Eccehomo Torres Mosquera
Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento del Chocó.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00097-00(S)
Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras y otros
Demandado: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00(S)
Actor: Adelaida Atuesta Colmenares
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00045-00
Actor: José Julio Arboleda Sierra
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia

Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00070-00
Actor: Natalia Calderón Páez
Demandado: Universidad Nacional de Colombia

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00097-00(S)
Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras y otros
Demandado: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00(S)
Actor: Carlos Mario Isaza Serrano
Demandado: Contralor General de la República

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00044-01
Actor: Luis Guillermo Céspedes Solano
Demandado: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00003-00
Actor: Ministerio de Educación Nacional
Demandado: Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00095-00(S)
Actor: Jorge Basto Prada
Demandado: Senador de la República

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00011-00
Actor: Natalia Calderón Páez
Demandado: Universidad Nacional de Colombia

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00
Actor: Pablo Bustos Sánchez
Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00013-00
Actor: Saúl Villar Jiménez y otro
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes

Aclaración de la Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00013-00
Actor: Saúl Villar Jiménez y otro
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendiente

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01
Actor: Consejo Nacional Electoral
Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-03
Actor: Departamento de Arauca
Demandado: Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Arauca

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00099-00(S)
Actor: Heriberto Arrechea Banguera y otros
Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción especial de Afrodescendientes

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01
Actor: Consejo Nacional Electoral
Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00006-01
Actor: Consejo Nacional Electoral
Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00107-00(S)
Actor: Eduardo Eccehomo Torres Mosquera
Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento del Chocó

NULIDAD ELECTORAL – SENTENCIAS

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00045-00
Actor: José Julio Arboleda Sierra
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00115-00
Actor: Juvenal Arrieta González
Demandado: Senadores por la Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00065-00
Actor: Carlos Víctor López Romero
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Bolívar.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00034-00
Actor: Guillermo Palacio Vega y otro
Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia

Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00112-01
Actor: Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro y otro
Demandado: Secretario de Gobierno del municipio de Pereira.....

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00044-02
Actor: Luis Guillermo Céspedes Solano
Demandado: Institución Universitaria Colegio Mayor del Cauca

Radicación número: 1001-03-28-000-2015-00011-00
Actor: Natalia Calderón Páez
Demandado: Universidad Nacional de Colombia

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00087-00
Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño
Demandado: Presidente y Vicepresidente de la República

NULIDAD – AUTO

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00066-00
Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

Aclaración de la Sentencia Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00066-00
Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

NULIDAD – SENTENCIA.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00139-00
Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTOS

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00017-00
Actor: César Negret Mosquera
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00 (S)
Actor: Édgar Humberto Silva González
Demandado: Consejo Nacional Electoral.....

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00017-00
Actor: César Negret Mosquera
Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00017-00

Actor: César Negret Mosquera

Demandado: Ministerio de Relaciones Exteriores

PÉRDIDA DEL CARGO – AUTOS

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01

Actor: Consejo Nacional Electoral

Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán.....

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01

Actor: Consejo Nacional Electoral

Demandado: Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán.....

AGRADECIMIENTOS

La Sección Quinta del Consejo de Estado agradece a los funcionarios que durante el año 2015¹ se emplearon a fondo en la labor que permitió entregarle al país resultados contundentes y oportunos en los temas que nos atañen.

DESPACHOS

Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Magistrados Auxiliares

Carolina Del Pilar Gaitán Martínez
 Claudia Patricia Molano Moncada
 Héctor Fabián Parra Cabrera*
 Luis Hernando Vans-Strahlen Fajardo*

Profesionales Universitarios

Fabio Jiménez Bobadilla
 Lorena Osorio Bermúdez
 José Camilo Ospina Díaz
 Jorge Rafael Gómez Ortiz
 Overlando Piraneque Tocarruncho*
 Alicia Arévalo Bohórquez*

Sustanciadores

Carlos Andrés Vásquez Isaza
 Hermann Jasond Torres Erazo
 Luis Francisco Gaitán Puente*
 Diana Carolina Bernal Cortés*

Oficial Mayor

Laura Victoria Del Pilar Sterling Sterling

Auxiliar Judicial

Diego Andrés Chacón Rojas

Judicante

Daniela Jiménez Carreño

Conductor

Jesús Hermides Plaza Anacona

Doctor Alberto Yepes Barreiro

Magistrados Auxiliares

María Andrea Calero Tafur
 Sonia Patricia Téllez Beltrán
 Samuel Urueta Rojas

Profesionales Universitarios

María Camila García Serrano
 Astrid Carolina Sánchez Calderón
 Paula Del Pilar Cruz Manrique*
 Lina Fernanda Restrepo Ruiz*
 María Camila Vargas Silva*

Sustanciadores

Estefanía Urbano Mora
 Arturo Ramón Ojeda Sánchez
 Sandra Liliana Vanegas Ángel
 Ana Isabel Baquero Barriga*
 Daniel Alberto Beltrán Romero*

Oficial Mayor

Nelly Stephany Mancera Gómez

Auxiliar Judicial

Isabel Mejía Llano

Conductor

Javier Ricardo González Burgos

Doctora Rocío Araujo Oñate

Magistrados Auxiliares

Nancy Ángel Muller
 Carlos Andrés Ballesteros Serpa
 Lina Marcela Escobar Martínez
 Fabián Enrique Salazar Cárdenas*
 Astrid Carolina Sánchez Calderón*
 Carolina Rocío Martínez Agudelo*
 María Claudia Quimbayo Duarte*

Profesionales Universitarios

María Cecilia del Río Baena
 Clara Inés Moreno Salazar
 Zamira Marcela Gómez Carrillo*
 Viviana Giraldo Gómez*
 Ricardo Andrés España Perdomo*
 Margarita María Cadavid de Vivero*

Sustanciadores

Diego Fabián Ramírez Monje
 Ana Isabel Baquero Barriga
 Paula del Pilar Cruz Manrique*
 Sandra Liliana Vanegas Ángel*
 Daniel Alberto Beltrán Romero*

Oficial Mayor

Mauricio Alberto Robayo León

Auxiliar Judicial

Juan David Aponte González

Conductor

Luis Orlando Urrutía Figueredo

¹ La relación incluye a los funcionarios de planta que laboraron durante todo el año 2015 o parte del mismo. También a aquellos que en virtud de los Acuerdos de Descongestión emitidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ocuparon en provisionalidad, cargos creados en algunos periodos del año.

* Funcionarios que al terminar el año, se habían retirado de la Corporación.

Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio

Magistrados Auxiliares

Germán Suárez Castillo
Diana Cristina Rodríguez Vargas
Luis Fernando Villota Medina
Héctor Fabián Parra Cabrera*

Profesionales Universitarios

Juan Carlos Andrews Jiménez
Sonia Milena Vargas Gamboa
Yenifer Andrea Polanco González
Javier Mauricio Quiñones*

Sustanciadores

Brigitte Viviana Castro Díaz
Carlos Mario Malaver Sandoval
Mónica Barazeta Ávila
Marcela Jordán González*
Luis Francisco Gaitán Puentes
Giovanni Andrés Rivera Urriago*
María Alejandra Salazar Rojas*

Auxiliares Judiciales

Wilson Jair Correa Barragán
Ana María Aparicio Escobar*

Oficial Mayor

Miguel Alfredo Pinedo Murgas
Ana María Segura Ibarra*

Conductor

Armando Benítez Ramírez

GRUPO DE APOYO A LA SALA

Magistrados Auxiliares

Jorge Ignacio Álvarez Mendoza*
Henry Asdrúbal Corredor Villate*

Profesionales Universitarios

Lina Fernanda Restrepo Ruiz
Ricardo Andrés España Perdomo

SECRETARÍA SECCIÓN QUINTA

Secretario

Marco Fidel Rojas Guarnizo

Oficial Mayor

Efraín Alberto Cortés Gordo

Auxiliar Judicial

José Manuel Vidal Vega
Oscar Felipe Losada Yáñez

Escribientes

Néstor Antonio Rodríguez Higuera
Andrés Ríos Cardona*

Citador

Blanca Cecilia Sánchez Nieto

RELATORÍA

Relatora de Asuntos Constitucionales

Carolina Valenzuela Cortés

Relatora Sección Quinta

Jacqueline Contreras Parra

Auxiliar Judicial

Amanda Castellanos

Judicante

Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi

GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE DESCONGESTIÓN DE LA SECCIÓN QUINTA

Magistrada Auxiliar

Aura Consuelo Velásquez Aristizábal*

Profesionales Universitarios

Ángela Natalia Prieto Vargas
Jenaro Andrés Puerto Valencia
Leonardo Ernesto Corredor Ramírez
Luz Ángela Arteaga Uribe
Luis Alberto Martínez Barajas
Amanda Cristina Cerón Rodríguez*

Sustanciadores

Daniel Alberto Beltrán Romero
Paula Del Pilar Cruz Manrique
Silvia Melissa Inés Guerrero Blanco*
Diana Carolina Tejada Guerrero*
Marcela Alexandra Useche Aroca*
Germán Augusto García Cabrejo*

Auxiliares Judiciales

Diego Enrique Segura Alfonso
Flor Nirsa Muñoz
Jairo Nelson Castelblanco Beltrán
Juan Sebastián Gámez Caviedes*
Gustavo Antonio Delgado Cuellar*
Giovanni Andrés Cepeda Sanabria*
Pedro José Amezquita Castañeda*
Wendy Vanessa González Lozano*
Luis Albeiro Rativa Atara*
Edna Patricia Segura Alonso*
Edgardo José Fragozo Jiménez*
Mariana Artunduaga Trujillo*
Marcela Alexandra Useche Aroca*
Nataly Andrea Narváez Perdomo*
Jaime Andrés Rivera Murillo*
Nathalia Garnica Roa*
Miguel Andrés Paredes Solórzano*
Sandy Guiomar Fajardo Duarte*
Daniela Villalba Revelo*
María Fernanda Zapata Rojas*
Nicolasa Garay Polo*
Karen Yulieth Bohórquez Nieto*
Yennifer Myleidi Fiquitiva Russi*

PRESENTACIÓN

La rendición de cuentas en Colombia dejó de ser una imposición de la ley y se convirtió en un objetivo cotidiano de gestión institucional. La conciencia que se creó alrededor de los derechos de los ciudadanos a conocer los resultados de la gestión pública, permitió el fin de paradigmas que en algún momento de la historia parecieron ubicar al funcionario público en un nivel supuestamente preferencial frente al resto de la sociedad, y en su lugar sembró la idea correcta que quienes trabajamos para el Estado, somos servidores públicos.

Hoy como servidores públicos, con funciones de jueces en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, quienes hacemos parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado rendimos cuentas sobre la gestión realizada durante este año judicial, en el cual debidos asumir situaciones especiales derivadas de la renovación de la Sala. Así, la Sección quedó conformada por los Consejeros Rocío Araújo Oñate, Carlos Enrique Moreno Rubio, Alberto Yepes Barreiro y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, quien la preside.

El gran volumen de los procesos judiciales que nos ocupan diariamente es producto del clamor ciudadano por una justicia pronta y cumplida, en nuestro caso, principalmente, de los medios de control de Nulidad Electoral y de las Acciones de Tutela.

El año 2015 tuvo características especiales en cuanto a la tarea que desarrollamos en la Sección Quinta, pues al tiempo que atendimos la demanda de Nulidad Electoral más grande de toda nuestra historia, adelantamos y decidimos muchos otros asuntos de esa misma naturaleza. Además resolvimos cientos de acciones de tutela a las que dedicamos gran parte de nuestro tiempo, pues alcanzaron a ser el 87.1% de la carga laboral de esta Sección; todas las acciones de cumplimiento que llegaron a nuestro conocimiento las decidimos y logramos que el inventario final de los cuatro Despachos sumara solo 26 acciones de tutela al cierre del año judicial.

Esta relación confirma que la Sección Quinta logró un nivel de equilibrio y descongestión gracias al compromiso y ardua labor de quienes integramos los cuatro Despachos y las oficinas de apoyo que hoy me honra representar.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta.

**Sección Quinta
Consejo de Estado**

El ejercicio de las funciones asignadas a la presidencia de la sección que actualmente ejerzo, entrega la oportunidad de coordinarla y representarla en todos los ámbitos y “simultáneamente” adjudica la responsabilidad de entregar los resultados de la tarea realizada durante el año a quienes finalmente nos debemos: la ciudadanía.

El año 2015 trajo consigo grandes cambios a la Sección Quinta del Consejo de Estado, toda vez que permitió su reconfiguración; primero, con la elección y posesión del doctor Carlos Enrique Moreno Rubio el pasado 31 de agosto en reemplazo de la doctora Susana Buitrago Valencia, quien se retiró tras cumplir su periodo constitucional y, segundo, con la elección y posesión, el pasado 4 de noviembre, de la doctora Rocío Araujo Oñate en reemplazo del doctor Mauricio Torres Cuervo, quien se retiró de la institución hace poco más de dos años.

Durante los periodos de ausencia el despacho del doctor Torres Cuervo estuvo a cargo del doctor Alberto Yepes Barreiro, y el despacho de la doctora Buitrago Valencia a cargo de la suscrita Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, quienes ejercimos la dirección en calidad de encargados hasta tanto asumieron en propiedad los nuevos consejeros.

Debido a que la Sala de la Sección Quinta está conformada por cuatro Consejeros de Estado, la especial situación administrativa, generada por la ausencia de dos de sus titulares, implicó que durante casi una cuarta parte del año judicial no se contara con quórum deliberativo y decisorio.

Sin embargo, en aras de garantizar la administración de justicia que encomienda a la sección la Constitución y la ley, se decidió ordenar el sorteo de conjuces de conformidad a lo estipulado en el artículo 115 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) que establece dicho procedimiento para suplir las faltas de magistrados, y así garantizar el derecho fundamental a una pronta y cumplida administración de justicia. Y fue así como durante el año se realizaron 398 sorteos de conjuces para efectos de tomar las decisiones oportunas que se hacían necesarias.

Esa encomiable labor recayó sobre renombrados abogados de la más amplia y pública trayectoria, quienes durante 2015 conformaron el selecto grupo de conjuces de esta sección; se trata de los reconocidos juristas:

Antonio Agustín Aljure Salame.
Jaime Córdoba Triviño.
Gabriel de Vega Pinzón.
Bertha Lucía González Zúñiga.
Alfredo Beltrán Sierra.
Esperanza Gómez de Miranda.
Augusto Hernández Becerra.

Así como Ricardo Hoyos Duque y Carlos Eduardo Medellín Becerra quienes nos acompañaron en los primeros meses del año.

La ardua tarea realizada permite a la Sección Quinta entregar cifras de gestión que nos enorgullecen y alientan:

2015	Inventario inicial de procesos ¹	Ingreso de procesos	Inventario final de procesos
Acciones de tutela	129 ²	1.614 ³	26 ²
Asuntos de naturaleza electoral	105	102	58
Acciones de cumplimiento	55	114	17
Hábeas corpus	5	12	0
Recurso extraordinario de revisión	25	10	10
Pérdida de investidura	5	1	2

¹ Fuente: Oficina de Sistemas del Consejo de Estado.

² Inventario real final en despachos.

³ Secretaría de la Sección Quinta

En desarrollo de su principal función legal, la Sección Quinta conoce los procesos de naturaleza electoral. Las cifras arrojadas por el sistema son también contundentes: iniciamos el año judicial con 105 procesos electorales, y durante el 2015 ingresaron 102 demandas, y se realizaron 78 audiencias públicas en los 207 procesos de nulidad electoral, de los cuales, al terminar el año continuaban en trámite 58; es pertinente aclarar que dentro de los 149 radicados evacuados se cuentan los procesos que fueron adelantados y que terminaron con fallo, aquellos que fueron acumulados en procesos ya fallados o aún en trámite, y aquellos sobre los cuales, quienes los presentaron, posteriormente decidieron desistir.

Para dar una idea de la magnitud de los casos que nos ocupan, es pertinente señalar que solamente el proceso de nulidad electoral, por causales objetivas del Senado de la República, tiene el tamaño de la sumatoria de todos los procesos electorales que ha debido asumir la Sección Quinta en los últimos 10 años.

Pero estas cifras son del todo superadas por el número de acciones de tutela que ha estudiado la sala en el mismo periodo, teniendo en cuenta tanto las de primera instancia como las de segunda instancia provenientes de la Sección Cuarta y de los tribunales administrativos. Durante el año 2015, en total fueron repartidos entre los diferentes despachos de la Sección Quinta 1.853 procesos, de los cuales, 1.614 fueron acciones de tutela, es decir, que el 87.1% de los asuntos que ocuparon el tiempo de la Sección Quinta fueron acciones de tutela.

Ese es el resultado de la tarea que se realizó entre enero y diciembre de 2015 en las 64 salas de sección que fueron convocadas y realizadas la mayoría en la ciudad de Bogotá; porque en un esfuerzo por acercar al Consejo de Estado a otras regiones del país, la sala se desplazó al municipio de Rivera en el departamento de Huila, y a Chinácota, municipio nortesantanderano, donde además de las salas de sección especiales, se realizaron jornadas de actualización con jueces y magistrados de la región, donde los consejeros fuimos los expositores.

En este mismo marco, pero en el ámbito internacional, la sección hizo presencia en el exterior a través de la presidencia, para atender asuntos puntuales relacionados con las funciones legales y constitucionales del Consejo de Estado como máximo tribunal, e instancia de cierre en temas electorales en nuestro país.

Atendimos la invitación para asistir a la Sexta Reunión del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia Electoral Americana que se realizó en Río de Janeiro (Brasil), donde logramos ubicar en el imaginario colectivo internacional a la Sección Quinta, que en la particularidad de nuestra entidad, aunque no nombrada como tribunal electoral como en casi toda América, sí ejerce sus funciones; por ello, quedó a consideración de dicho grupo la posibilidad de que Colombia, en cabeza de nuestra corporación, pase a hacer parte de esta colectividad académica y jurisprudencial. De otra parte, en desarrollo de las tareas

impuestas a quien ejerce las funciones de presidente de la sección, desagregadas en los artículos 8 y 9 del Acuerdo 58 de 1999⁴, mediante el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, se realizaron actividades administrativas de planeación, coordinación, control y desarrollo que arrojan satisfactorios resultados.

Hacer parte de la Sala de Gobierno de la Corporación permitió en 42 sesiones examinar las hojas de vida de candidatos a desempeñar cargos en el Consejo de Estado y en los tribunales administrativos en el país, que luego fueron puestas a disposición de la Sala Plena con el respectivo informe y recomendaciones.

Asimismo, se analizaron y concedieron o rechazaron las comisiones de servicios, permisos, licencias y demás solicitudes de índole administrativo y laboral presentadas a consideración de la Sala de Gobierno.

Pero uno de los mayores logros está relacionado con el apoyo entregado a cada una de las secciones de la corporación en el proceso de levantamiento de la matriz de cargas laborales, que permitió por primera vez al Consejo de Estado contar con un documento técnicamente elaborado en el que se evidencia la situación de sobrecarga laboral, la necesidad de ajustar la planta de personal y convertir en definitivos los cargos que, durante un largo periodo, se mantuvieron en descongestión.

Para el caso específico de la Sección Quinta, dicho estudio dejó en evidencia, por ejemplo, que 87 funcionarios, de todos los niveles desarrollan cotidianamente las tareas que cumplirían 116 personas en condiciones y con horarios normales. Ello da una idea del grado de productividad, entrega y compromiso de quienes integran la sección.

Tras intensas gestiones, finalmente la planta fija de personal, que era de 36 funcionarios, más 51 en descongestión, para un total de 87, pasó a ser de 68 funcionarios en planta y 19 más que a la fecha han sido prorrogados en descongestión hasta fin de año, lo que implica un importante cambio en la estabilidad de la administración de justicia, y claro está de los funcionarios cuya permanencia era renovada mes a mes en el mejor de los casos.

Sin embargo, es pertinente señalar que esta presidencia ha insistido en todos los escenarios en la necesidad imperiosa de mantener un equipo interdisciplinario en descongestión, que deberá ser renovado cada vez que se realicen elecciones

⁴ Art 9.- Funciones de los presidentes de salas y secciones. Los presidentes de Salas y de Sección desempeñarán en lo pertinente las funciones del Presidente del Consejo señaladas en el artículo 8. (...)

Art 8.- Funciones. Corresponde al Presidente: 1) Orientar y coordinar las relaciones con las demás ramas y órganos del poder público; 2) Convocar a las secciones de las Salas que presida; 3) Presidir las secciones de la Sala Plena, de la Sala de Gobierno y de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando pertenezca a ésta. Señalar el orden en que deben considerarse los asuntos y dirigir los debates de acuerdo con el reglamento; 4) Tramitar y decidir los asuntos que son de su competencia, velar porque los Consejeros, los Secretarios y demás empleados desempeñen cumplidamente sus funciones; 6) Verificar el reparto de los asuntos y sorteo de conjuces.

nacionales, y habrá de permanecer hasta tanto sean falladas las demandas de nulidad presentadas sobre los resultados de los comicios nacionales.

Precisamente pensando en nuestra mayor fortaleza, que son nuestros funcionarios y en su crecimiento profesional y personal, logramos gestionar jornadas de capacitación que atendieron las necesidades expresadas por el equipo. Así, tras exitosos acuerdos con la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y el Sistema Nacional de Aprendizaje (SENA) se logró la capacitación de funcionarios, con 136 asistencias a las jornadas de diversas temáticas como: Excel intermedio y avanzado, Word intermedio y avanzado, cultura del servicio, gestión del talento humano, redacción de textos jurídicos, programación neurolingüística y técnicas de oralidad en el proceso constitucional.

Pero también realizamos jornadas de capacitación en el seno mismo de la sección, que nos permitieron fijar posiciones en temas como el Acto Legislativo número 2 conocido como de Equilibrio de Poderes, interiorizar nuevas leyes como la del derecho de petición o la Ley de Participación Ciudadana, e inclusive iniciativas que cursan en el Congreso como el Proyecto de Código de Policía y el Proyecto de Código Disciplinario.

Así mismo realizamos trabajos de investigación en los que nos empleamos a fondo y logramos crear una decena de líneas jurisprudenciales, tanto de asuntos electorales como constitucionales, en temas tan diversos como la suplantación de electores, la entrega extemporánea del Formulario E-17, la trashumancia electoral, la autonomía universitaria, la doble militancia política, el ejercicio de la profesión de abogado, el contrato realidad y los conceptos de buen crédito y precedente, entre otros, cuyos desarrollos encontrarán en estas páginas.

Cada una de estas actividades, además de promover el desarrollo personal de los funcionarios asistentes y elevar su motivación y autoestima, redundaron en la optimización del servicio a los ciudadanos, a quienes nos debemos.

También exploramos herramientas de crecimiento institucional en el ámbito internacional y logramos la consolidación de un convenio con el Programa de Gobernabilidad Regional de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) a través de su ejecutor MSI. Esta oportunidad nos permitirá iniciar el proceso de modernización de la sección, tendiente a la implementación de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), con miras a ofrecer herramientas a los usuarios que permitan la presentación en línea de demandas de nulidad electoral, lo que reducirá sensiblemente los tiempos de respuesta y garantizará una pronta y cumplida administración de justicia.

Es de anotar que, si bien nuestra Constitución señala que las sentencias en acciones de nulidad electoral deberán ser dictadas en primera o única instancia en un año y las de segunda instancia en no más de seis meses, desde el año

2002, en las tres jornadas en las que se eligió Congreso de la República, la sección ha tardado en los procesos de nulidad electoral en promedio 633 días hábiles, lo que equivale a 2.8 años aproximadamente.

Esta situación ubica a la sección en una delicada situación, ya que para atender los términos de ley con los procedimientos actuales necesitaríamos una planta de personal adicional de 32 empleados, solo para estos casos, lo que es evidentemente imposible e inviable; y es la razón por la cual enfilamos nuestros esfuerzos en el ajuste de los procedimientos para atender los procesos con total apego a la normatividad vigente, y simultáneamente con la eficiencia y la eficacia en que estamos empeñados.

La optimización del servicio es posible si permanentemente estamos actualizando, repensando y optimizando nuestra forma de hacer las cosas. Por ello se creó un 'equipo de procesos y procedimientos' encargado de identificar oportunidades de mejora de la gestión de la Sección Quinta y durante el año 2015, se encargó de diseñar e implementar de forma gradual diferentes lineamientos y políticas que han permitido el inicio de una cultura de estandarización, optimización y mejoramiento del quehacer de la Sección Quinta.

En tal sentido, hemos desarrollado propuestas puntuales de los que serían los manuales de procesos y procedimientos de temas electorales y de lo contencioso administrativo con sus respectivas plantillas; así como el manual de procesos y procedimientos en temas constitucionales, que actualmente surten su proceso de ajuste a la espera de una aprobación final.

Otro de los temas de especial relevancia, que ocupó el tiempo de la Presidencia de la Sección Quinta, es el relacionado con el proyecto de transparencia en el que en buena hora se comprometió el Consejo de Estado.

Como integrantes activos de la Comisión de Transparencia propusimos la metodología para el diseño del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano del Consejo de Estado; presentamos la matriz Alianza de Gobierno Abierto (AGA), cuyo objetivo es mejorar los servicios de justicia a la ciudadanía e incluye proyectos específicos con tareas puntuales que nos permitirían alcanzar las metas fijadas; y también una propuesta que evidencia las falencias del actual sistema de reparto de pérdidas de investidura y plantea una alternativa que nos garantizaría la necesaria igualdad a la hora de definir el despacho responsable de estos asuntos.

Otra labor digna de resaltar es la realizada por el **Equipo Interdisciplinario** que coordina la presidencia y que es una de las fortalezas de la sección, pues apoya desde lo técnico las acciones de nulidad electoral, especialmente en el estudio de los cargos objetivos, así como algunos proyectos especiales dirigidos principalmente a enmarcar las actividades de la sección dentro de los rangos de la calidad total predicada en los principios de Buen Gobierno.

Los logros obtenidos durante el año 2015 pueden enmarcarse en dos ámbitos: el ejercicio de actividades de soporte a procesos electorales y como herramienta tecnológica electoral.

Entre las actividades puntuales adelantadas en los casos de nulidad electoral, el Equipo Interdisciplinario bajo la guía estricta de los Consejeros de Estado ponentes de cada caso, realizó actividades de apoyo en los siguientes procesos:

Cámara Magdalena: se verificó y registró en el Sistema de Gestión Electoral (SGE) las 42 mesas demandadas, los cuatro cargos y el contenido del material probatorio allegado con el escrito de demanda y de subsanación (293) con el fin de elaborar un informe para la audiencia inicial; seguidamente, en la etapa probatoria se verificó y registró en el mencionado sistema las 54 pruebas decretadas y las 181 allegadas; posteriormente se examinó el material probatorio del expediente, se realizó un informe del estudio y análisis de la historia de la mesa y, finalmente, se apoyó el proceso de redacción de los antecedentes del proyecto de fallo.

En el 2015 se cumplieron los objetivos planteados para el proceso de la Cámara de Representantes de Bogotá, D. C., frente al cual se realizó el estudio total de 294 mesas admitidas con sus respectivos cargos y el registro de 3.392 pruebas, insumo principal para que la Sala de la Sección Quinta emitiera fallo en este proceso de nulidad electoral.

Senado 109: en el año 2015 se registraron en el Sistema de Gestión Electoral las mesas demandadas y admitidas por el despacho, que en total suman 49.986; los cargos de los seis expedientes acumulados, los 86.987 documentos allegados por las partes, los formularios y actas allegadas en atención al oficio enviado a la Registraduría Nacional del Estado Civil, que sumaron 8.940. Así mismo, se apoyó el proceso de elaboración del acta de la audiencia inicial del proceso acumulado.

Cámara Internacional: se cumplió con el registro dentro del SGE de las cédulas, mesas y cargos demandados y se realizaron los correspondientes ajustes a partir de las decisiones tomadas por el despacho durante el desarrollo de la audiencia inicial. Asimismo, se registraron las pruebas decretadas por el despacho y allegadas por las entidades correspondientes, junto con los oficios de solicitud y respuesta. De esta manera se logró entregar para cada etapa del proceso el reporte con los cruces de información necesarios para avanzar en el proceso. A la fecha se cuenta con un registro total de cédulas, mesas, cargos y pruebas registradas en SGE, lo que permite entregar al despacho los informes que al respecto requiera, con las condiciones que el asunto amerite. Finalmente, se avanza en la proyección de los antecedentes de la sentencia y en el cruce completo de la información de pruebas de los cargos.

Cámara Chocó: en esta vigencia para el presente proceso se admitieron un total de 49 mesas y se registraron 161 pruebas allegadas, tanto por la parte actora como por la parte demandada.

De igual forma, se revisaron las pruebas incompletas y aquellas que se requerían para el estudio de los cargos; proceso que permitió apoyar la preparación de la audiencia inicial.

El proceso de Cámara de Bolívar acumula cinco procesos, y en su etapa inicial se adelantaron las actividades referentes a la identificación y registro en el Sistema de Gestión Electoral de las 352 mesas demandadas y los ocho cargos alegados, así como el registro de 568 pruebas allegadas, tanto con las demandas como con sus respectivas correcciones, incluidas 29 concernientes con procedibilidad.

De otro lado, contamos con una herramienta tecnológica electoral, que si bien modesta y con desarrollos propios, permitió en 2015 el registro de las diferentes pruebas allegadas –en total 45.179 mesas con cargo, 52.857 mesas con partido y candidato, 91.501 pruebas, 379.861 mesas relacionadas con pruebas y 168.864 de historia de la mesa– dentro de los procesos de nulidad electoral de Cámara y Senado, de competencia de la Sección Quinta.

Finalmente, es pertinente señalar que las oportunidades que se derivan de la nueva condición de equipo de planta de este grupo de apoyo, antes en descongestión, nos permitirá emplearnos a fondo en el mediano plazo, en desarrollar la plataforma estratégica y operativa de la sección y en implementar herramientas de mejoramiento continuo que pretenden optimizar la gestión institucional, a fin de acortar la duración de los procesos de nulidad electoral con total apego a las garantías procesales contempladas en la ley, permitiendo una pronta y cumplida administración de justicia.

Todo lo anterior no habría sido posible sin el decidido apoyo de nuestras dos secretarías. Por un lado, la **Secretaría General** como dependencia encargada de instrumentalizar estos procesos constitucionales para la comunidad jurídica en general, esto es, acciones de tutela, hábeas corpus, acciones de cumplimiento, populares, pérdidas de investidura y otras más, por cuanto tiene la responsabilidad de poner en conocimiento de las partes dentro de un proceso todas las actuaciones judiciales que se surten en el mismo, y de alguna manera, es quien garantiza el debido proceso, como derecho fundamental propio de todo ser humano.

La Secretaría General del Consejo de Estado se convirtió en una dependencia que brinda un servicio judicial eficaz y eficiente, y propende por el respeto y la responsabilidad hacia los ciudadanos y la propia administración. Del mismo modo, en el manejo de los diferentes objetivos propuestos por cada sección, en particular la Sección Quinta, con la cual han establecido un ejercicio mancomunado y diligente en la aplicación de la normativa procesal, con lo que se ha logrado hacer realidad lo dispuesto por la Sala Plena de la corporación y los respectivos despachos de los consejeros que la conforman.

También se encarga de la actualización de la nómina de los empleados de la corporación y de los magistrados de tribunal,

y su tarea se encamina en pro del desarrollo humano del que depende el Consejo de Estado.

De otro lado está la **Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado**, a la que le corresponde desarrollar la actuación complementaria, de gran importancia dentro de la administración de justicia, de dar a conocer a las partes y demás interesados las decisiones judiciales a través de la notificación y comunicación de estas, en los términos señalados en el Código General del Proceso, el Código

de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas aplicables, participando de esta manera con el establecimiento del Estado social de derecho, que debe direccionar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado colombiano como lo establece nuestra Carta Magna.

En cumplimiento de ese deber constitucional y legal se han realizado las siguientes actuaciones en el transcurso del año 2015:

Actuaciones	Cantidad
Notificaciones por estado	337
Notificaciones por edicto	41
Notificaciones por aviso	9
Notificaciones electrónicas	898
Avisos de acumulación de procesos	11
Avisos de recursos de súplica	14
Avisos de recurso de reposición	17
Traslado de excepciones	22
Procesos repartidos	104
Memoriales recibidos	780
Oficios librados	1.240
Despachos comisorios librados	28
Telegramas librados	40
Sorteos de conjuceces realizados en procesos electorales	31
Sorteos de conjuceces realizados en procesos de nulidad	3
Sorteos de conjuceces realizados en acciones de tutela	337
Sorteos de conjuceces realizados en acciones de cumplimiento	27

Es así que se hace importante resaltar la labor que desempeña cada uno de los servidores públicos que desde allí prestan sus servicios en tanto, los procesos que se tramitan por conducto de la Secretaría General y de la Secretaría de la Sección Quinta revisten una especial urgencia, pues afectan directamente el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la población colombiana.

Por último, está la dedicada labor realizada por nuestras relatorías como áreas de apoyo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que se encargan de dar a conocer el contenido de las decisiones tomadas por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, simultáneamente, cooperan en el proceso de consolidación de la información, así como de la organización detallada y sistemática de las decisiones judiciales.

Esta labor, que ha sido desarrollada desde los albores de este órgano, conlleva un seguimiento cercano a la cotidianidad de los despachos y demanda el trabajo coordinado de toda la corporación.

Dentro del normal desarrollo de sus funciones, estas dependencias concentran sus esfuerzos en analizar, organizar las providencias, alimentar las bases de datos y el archivo de normas, que en lo corrido de 2015 han crecido en más de 1.300 documentos; igualmente, en atender consultas de usuarios internos y externos, y servir como apoyo en la difusión de la información.

Continuamente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo demanda la consulta de sus decisiones como una fuente necesaria para la solución de casos, es en este punto donde adquiere mayor relevancia la función de las relatorías que deben responder a los retos y desafíos de las tendencias dogmáticas y teóricas de la jurisdicción.

La labor desarrollada por la Relatoría de la Sección Quinta del Consejo de Estado se amplió, y este hecho comprometió un mayor protagonismo en el apoyo a los despachos en relación con búsquedas especializadas y de antecedentes jurisprudenciales. Una parte significativa de esta evolución fue materializada en

el seguimiento al desarrollo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que, desde el 2 de julio del 2012, permitió creación de la línea jurisprudencial de la Ley 1437 de 2011 en materia electoral.

Actualmente la función de la Relatoría es ser el eje articulador de la labor de atención de consultas concernientes a la proyección de providencias de los cuatro despachos de la Sección Quinta y de la publicación generalizada incluida en el portal web <http://www.consejodeestado.gov.co/relatoriadcde.php>.

No obstante, la finalidad del servicio al público en general no se agota con este instrumento de consulta, sino que como se deriva del hecho de que este órgano pertenece al Consejo de Estado y que a su vez la función que cumple es pública y permanente, la labor de atención de consultas se extiende a la asistencia personalizada que se ofrece en las instalaciones de la Relatoría. En lo corrido del año son más de 2.700 el número de consultas resueltas vía telefónica y a través del correo electrónico, ello sin contar la atención personalizada que se brinda diariamente y de la cual hacen uso en mayor medida los tribunales administrativos del territorio nacional y el ejecutivo especialmente los ministerios.

Durante el presente año, entre otras cosas, esta dependencia materializó tres proyectos significativos en materia electoral, los cuales se presentaron en el marco de elaboración de líneas jurisprudenciales de causales objetivas de nulidad y fueron diferenciados en tres materias: suplantación de electores, trashumancia electoral y entrega extemporánea de pliegos electorales. También se realizó la recolección de información que la Sección Quinta presentó ante el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia Electoral de la Organización de Estados Americanos.

Los resultados hasta aquí enunciados, más adelante detallados, en temas de naturaleza electoral y con una muestra significativa en materia constitucional, fueron posibles gracias a la gestión realizada durante el año 2015 por los cuatro despachos, sus funcionarios, el Equipo Interdisciplinario, como también por las oficinas que respaldan las tareas diarias de la Sección Quinta del Consejo de Estado: la Secretaría General, la Secretaría de Sección, , la Relatoría de Asuntos Constitucionales y la Relatoría de la Sección Quinta, y es por ello que para cada dependencia es un motivo de orgullo la participación en la materialización de esta obra que se convierte en nuestra rendición de cuentas al país, de este año de labor.

Bogotá, D. C., 18 de diciembre de 2015



NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS

UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA - Elección de Rector / UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA - Publicidad del proceso adelantado para la designación de Rector y del cronograma establecido al efecto / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA - Aplicación de las normas establecidas por la propia Universidad / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - No fue trasgredido por la aplicación de las normas establecidas por la universidad

En el presente asunto la controversia gira en torno al principio de publicidad del procedimiento administrativo adelantado por la UNAD para la designación de Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de dicho ente autónomo, por la publicación tardía en el *Diario Oficial* del cronograma señalado al efecto, esto, es el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014. Sea lo primero advertir que para determinar si dicho principio fue trasgredido o no, debe recordarse que la Sección determinó que a dicho procedimiento no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, ni la primera parte del CPACA, sino las normas que al efecto ha establecido la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, toda vez que, existe plena prueba de que dicho ente autónomo tiene disposiciones concretas acerca de cómo debe realizarse el proceso de selección del rector.

(...) La Universidad Nacional Abierta y a Distancia cuenta con un procedimiento especial para la designación del rector, el cual fue desarrollado ampliamente por los Acuerdos No. 11 de 2010 y 013 de 2014, razón por la cual resultan inaplicables al proceso de elección objeto de estudio las normas contenidas en la primera parte del CPACA, entre ellas, el artículo 65 que se refiere al deber de publicación de los actos administrativos de carácter general en el *Diario Oficial*. En otras palabras, al procedimiento de designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional no le eran aplicables las normas indicadas como violadas por el demandante, en virtud de la autonomía universitaria que detenta dicha institución de educación superior.

La Sección ha sostenido que el requisito de publicidad de un acto general no es un requisito de validez del mismo, sino de oponibilidad salvo que con base en ese acto se expida un acto particular y concreto, evento en el cual la publicidad del acto general se convierte en requisito de validez del acto particular. La Sala se reafirma en esta tesis, pues es claro que los principios de publicidad y transparencia que permean la función electoral, imponen que los actos sean puestos en conocimiento de la sociedad en general, y por consiguiente, implica que la publicación se erija como presupuesto de validez del acto de elección, cuando aquel está precedido por una actuación administrativa.

En el caso concreto, es claro que el requisito de publicidad se satisfizo pues, como se explicó en el acápite precedente, la publicación de los actos generales se realizó de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia para la elección del rector. En consecuencia, aunque la publicación del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, sí se erige como requisito de validez del Acuerdo No. 020 de 2014, lo cierto es que al cumplirse plenamente la divulgación del acto general, no se configura ningún reproche en el acto de elección.

De lo expuesto en precedencia se concluye:

- 1) De conformidad con la postura jurisprudencial rectificada por la Sección Quinta en sentencia del 15 de octubre de 2015 y acogida en esta providencia en su integridad, la publicación en el *Diario Oficial* de los actos administrativos de carácter general proferidos por las universidades no es obligatoria.
- 2) En el caso concreto, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 no era aplicable a la elección del Rector de la UNAD, habida cuenta que dicha institución cuenta con normativa universitaria especial que guiaba el procedimiento de elección del rector y que rige de preferencia sobre el mismo conforme lo establece el inciso 3º del artículo 2º ejúsdem.
- 3) La naturaleza jurídica del Acuerdo No. 013 de 2 de septiembre de 2014 es un acto de carácter general.

4) Al no ser aplicables las normas de la Ley 1437 de 2011 y al autorizar la normativa universitaria especial la divulgación del cronograma a través de un periódico de amplia circulación nacional, se acreditó que se satisfizo el principio de publicidad, comoquiera que se convocó a la ciudadanía a través de mensaje difundido en el periódico *El Tiempo* el día 15 de septiembre de 2014 y de la página web de la universidad, cumpliéndose suficientemente la finalidad de enterar a la comunidad académica de este importante proceso de elección.

5) La publicación de los actos generales del proceso de elección del rector de la UNAD se realizó de acuerdo con las exigencias que las normas universitarias impusieron, razón por la cual el acto de elección que se originó en aquellos, no adolece de ningún vicio que afecte su validez. Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad del Acuerdo No. 020 de 2014 por medio del cual se designó como Rector de la UNAD al señor Jaime Alberto Leal Afanador advirtiéndolo a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Nota de Relatoría: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 15 de octubre de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2015-00011-00 Actor: Natalia Calderón Páez. C. P. Alberto Yepes Barreiro. Sección Quinta.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00003-00

Actor: Ministerio de Educación

Demandado: Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Objeto de la Decisión

Surtido el trámite legal correspondiente la Sala procede a dictar sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

El Ministerio de Educación Nacional, por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad electoral contra el Acuerdo No. 020 del 28 de noviembre de 2014, por medio del cual se eligió al señor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la Universidad Nacional Abierta y Distancia –en adelante UNAD– para el período 2015-2019.

Para el efecto presentó la siguiente pretensión:

“Que se declare la nulidad total del Acuerdo N° 020 de 2014 (28 de noviembre) “Por el cual se designa al doctor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la Universidad Nacional abierta y distancia UNAD, para el período comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 1 de marzo de 2019” emanado del Consejo Superior de la Universidad Nacional abierta y distancia UNAD”.¹

1.2. Los hechos probados

La Sala encontró probados los siguientes hechos:

- Mediante Acuerdo No. 011 del 25 de junio de 2010, la UNAD adoptó el reglamento interno para la elección del Rector de dicho ente autónomo.

El Consejo Superior Universitario (CSU) expidió el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, a través del cual estableció el

¹ Folio 42 del Expediente.

cronograma para llevar a cabo el proceso de elección del Rector de la UNAD para el período 2015-2019, así:

Actividad	Fecha
Difusión de la convocatoria en medios de comunicación de la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional	Septiembre 15 -19 de 2014
Inscripción de candidatos a través de la secretaría general, de conformidad con los términos y condiciones que se definan en la convocatoria para tal fin	Septiembre 20 - 26 de 2014
Verificación y certificación de cumplimiento de requisitos por la Secretaría General con aval de la Comisión de Veeduría	Septiembre 29 - Octubre 16 de 2014
Publicación de candidatos admitidos a través del portal web	Octubre 17 de 2014
Socialización virtual de las propuestas habilitadas	Octubre 20 - 31 de 2014
Realización de conducta pública virtual a estamentos de la UNAD	Noviembre 06 - 11 de 2014

Actividad	Fecha
Publicación de resultados de la consulta pública virtual a través del portal <i>web</i> , avalados por la comisión de veeduría	Noviembre 18 de 2014
Entrevista del Consejo Superior a los candidatos admitidos en la convocatoria	Noviembre 26 y 27 de 2014
Designación del Rector por el Consejo Superior	Noviembre 28 de 2014
Proceso de planeación y empalme	Enero 5 - Febrero 27 de 2015

- El 23 de noviembre de 2014 el delegado del Ministerio de Educación Nacional ante el CSU, puso de presente que el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 no había sido publicado en el *Diario Oficial*.
- Dicha publicación se efectuó el 24 de noviembre de 2014 en el *Diario Oficial* No. 49.345, es decir, faltando 4 días para la elección del Rector.
- En sesión del 28 de noviembre de 2014 el CSU profirió el Acuerdo No. 020 a través del cual eligió como Rector de esa Institución al señor Jaime Alberto Leal Afanador por un periodo de 4 años, contados a partir del 2 de marzo de 2015 hasta el 1º de marzo de 2019.
- Ese Acuerdo fue publicado en el *Diario Oficial* el 2 de diciembre de 2014 en la edición No. 49.353.

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

En la demanda se afirmó que la elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador se encuentra viciada de nulidad, comoquiera que fue realizada sin cumplir con el principio de publicidad de la convocatoria.

El Ministerio demandante alegó como desconocidas las siguientes disposiciones:

- i) Constitución Política, artículos 29, 69 y 209:

La publicación del acto administrativo que fijó el cronograma para la elección del Rector se efectuó de manera extemporánea, pues se habían adelantado etapas vitales en el proceso como: inscripción, publicación de candidatos, consulta pública, publicación de resultados de la consulta y solo faltaba la realización de las entrevistas y la designación.

Por tanto, en dicho proceso se desconocieron los requisitos y reglas mínimas señaladas en la ley, los acuerdos y los estatutos con lo cual se omitió el debido proceso administrativo, así como los principios que rigen la función pública: igualdad, imparcialidad y publicidad.

- ii) Ley 489 de 1998, artículo 119:

Dicha norma, aplicable a las Instituciones de Educación Superior en criterio del Ministerio demandante, establece el deber de publicar en el *Diario Oficial*, entre otros, los actos

administrativos de carácter general. En el mismo sentido, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, dispone que los actos administrativos de carácter general no son obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*.

En ese orden, al publicarse de manera tardía el acuerdo que fijó el cronograma, no se cumplió con el mandato legal, lo cual le resta validez a los actos posteriores, entre ellos, el Acuerdo No. 020 de 2014 que designó al Rector para el período 2015-2019.

- iii) Ley 30 de 1992, artículos 29 y 67:

En virtud de la autonomía que le fue otorgada, la UNAD expidió sus estatutos, reglamentos y acuerdos para su funcionamiento administrativo, financiero y académico. Sin embargo, no expidió el Acuerdo No. 020 de 2014 de conformidad con la “*forma procesal establecida*”.

Además, por ser una institución universitaria del orden nacional, la UNAD tiene la obligación de publicar en el *Diario Oficial* los actos administrativos de carácter general que expida.

- iv) Estatutos – Acuerdo 015 del 30 de marzo de 2012:

El artículo 12 de esta normativa ratifica la obligación para los miembros del CSU de designar Rector, para lo cual debieron acatar lo preceptuado en la ley sobre la publicación de los actos administrativos. Al no publicar el Acuerdo No. 013 de 2014, no respetaron uno de los supuestos de legalidad necesarios de dicho acto.

2. Actuaciones procesales relevantes

Mediante auto del 11 de febrero de 2014, se inadmitió la demanda presentada debido a que: i) no cumplía con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de determinar con precisión y claridad lo que se pretendía, puesto que no se había formulado ninguna pretensión; y, ii) no se aportó copia, digital o física, del *Diario Oficial* en el que se publicó el acto acusado, toda vez que el medio magnético en el que este se allegó, presentaba problemas técnicos.

Después de analizar el escrito de corrección a la demanda la Sala, mediante auto del 23 de abril de 2014, la admitió y ordenó la notificación, entre otras, al señor Jaime Alberto Leal Afanador y al Consejo Superior de la UNAD.

En esa misma providencia, la Sección negó la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora.

3. Contestaciones de la demanda

3.1. La UNAD

El ente universitario, por conducto de apoderada judicial, hizo un pronunciamiento expreso sobre los hechos y se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda.

Al efecto, expuso los siguientes argumentos:

i) La Universidad actuó de conformidad con el régimen especial de origen constitucional que la rige:

Las Universidades públicas tienen un régimen especial que comprende la facultad de regular la elección de sus directivas, es decir, la forma, el procedimiento y los requisitos que se deben cumplir. Dentro de esta posibilidad, cabe la de reglamentar el proceso de elección del Rector quien se encuentra cobijado por el concepto de directiva, pues así lo dispone la Ley 30 de 1992.

La UNAD definió en sus estatutos las reglas de publicidad de los actos de carácter general y estableció que frente al proceso de elección del Rector, la convocatoria y el acto aprobatorio del cronograma, se publicarían en la página *web* de la Universidad.

Particularmente, el literal c) del artículo segundo del Acuerdo No. 011 de 2010 “*Por el cual se reglamenta la designación de Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD)*”, definió claramente la regla de publicidad y divulgación que surtiría el cronograma aprobado para dicho proceso, así:

“Artículo Segundo. Designación de Rector. Para la designación de Rector de la Universidad por parte del Consejo Superior, se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

c) Una vez aprobado por el Consejo Superior Universitario el respectivo cronograma para la convocatoria del proceso de designación de Rector, la Secretaría General difundirá a través del portal web de la Universidad el proceso para que realicen las respectivas inscripciones por los candidatos quienes en el mismo formulario de inscripción anexarán los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos y su propuesta programática. La convocatoria se divulgará por los diferentes medios de comunicación disponibles en la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional”.

En cumplimiento de la anterior disposición, se expidió el Acuerdo No. 013 de 2014, mediante el cual se aprobó el cronograma para la elección del Rector para el período 2015-2019, el cual fue publicado en los medios de comunicación de la Universidad (radio, canal YouTube y página web).

El Secretario General de la Universidad certificó que:

- i) En edición del 15 de septiembre de 2014 del periódico *El Tiempo*, se difundió la convocatoria;
- ii) Durante los días 15 a 19 de septiembre, se difundió la convocatoria en los medios de comunicación de la Universidad;
- iii) Entre el 20 y el 26 de septiembre, se inscribieron y admitieron 4 candidatos;
- iv) El 17 de octubre los candidatos admitidos y sus propuestas programáticas se publicaron en el portal *web*;
- v) Entre el 6 y el 11 de noviembre de 2011 se realizó la consulta virtual a través del portal *web* en la cual participaron 6.600 personas de los diferentes estamentos;
- vi) El 18 de noviembre se publicaron los resultados de la consulta pública virtual, en la que el señor Jaime Alberto Leal Afanador obtuvo el 75% de los votos;
- vii) Los días 26 y 27 de noviembre, el CSU entrevistó a los 4 candidatos;
- viii) El 28 de noviembre de 2014, el CSU designó a Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la UNAD;
- ix) Entre enero y febrero de 2015 se realizó el proceso de planeación y empalme, y;
- x) El 2 de marzo de 2015, el señor Leal Afanador tomó posesión como Rector de la UNAD.

Por tanto, al desarrollarse el proceso de elección acatando lo dispuesto en los Acuerdos No. 011 de 2010 y 013 de 2014, que regulan la elección del Rector para el período 2015-2019 y que comprenden el régimen especial, se aseguró el derecho al debido proceso de los participantes.

Por otra parte, afirmó que la aplicación de normas ajenas al régimen especial de elección de directivas que rige para la UNAD sería contraria a la Constitución y a la ley, puesto que de acuerdo con los principios que rigen los conflictos entre las leyes, la norma aplicable a la publicación de los actos de carácter general del proceso de elección del Rector, es la contenida en el Acuerdo No. 011 de 2010 porque desarrolla el régimen especial consagrado en la Constitución y a la Ley 30 de 1992 para las universidades públicas.

La publicación de los actos propios del referido proceso electoral no se rige por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, ni por el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 -este último, indica que no fue invocado como violado en la demanda- pues ambas

son normas de carácter general en lo relativo a la elección de las directivas de una Universidad con autonomía constitucional y régimen especial, así lo entendió el legislador al establecer que dichas normas solo deben ser aplicadas cuando no exista régimen especial.

En ese orden, el Acuerdo No. 013 de 2014, acto de carácter general, no debía ser publicado en el *Diario Oficial* en los términos de los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 y 65 de la Ley 1437 de 2011, ante la existencia de normas de carácter especial cuya aplicación prevalece respecto de los procedimientos de selección de los directivos de la UNAD.

En todo caso, la UNAD realizó la publicación del Acuerdo No. 013 de 2014 en el *Diario Oficial* el 24 de noviembre de 2014 con el fin de redundar en garantías. Contrario a lo dicho por la parte demandante, la publicación no fue extemporánea porque el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 no establece un plazo entre la expedición del acto de convocatoria y la publicación en el *Diario Oficial*, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-802 de 2006.

ii) La actuación de la Universidad se encuentra amparada por el principio de confianza legítima:

Sostuvo la apoderada de la UNAD que el proceso de designación de Rector que derivó en el acto que se demanda, se adelantó observando minuciosamente las reglas internas, amparadas por el principio de la confianza legítima.

Como sustento de esa confianza legítima que se configuró en cabeza de la UNAD, todas las Universidades publican los actos generales de la manera prevista en sus estatutos, sin someterse a las normas de la Ley 489 de 1998, sin objeción alguna por parte del Gobierno Nacional.

Señaló que, tan confiada estaba la Universidad de que el proceso se estaba adelantando conforme a derecho, que solicitó el acompañamiento preventivo de la Procuraduría General de la Nación, ente al cual se le informó que la publicación de la convocatoria se haría en un medio de comunicación nacional y en los medios institucionales, de conformidad con su régimen especial.

iii) El acto mediante el cual se aprobó el cronograma es un acto de trámite, por tanto no debe ser publicado en el *Diario Oficial*:

Explicó la UNAD, que si se considera que el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 es aplicable, debe concluirse que no fue vulnerado porque el acto de convocatoria para la elección del Rector es de trámite, toda vez que hace parte de la secuencia de actuaciones administrativas que desembocan en el nombramiento del Rector por parte del CSU.

Es evidente que con dicho acto no se finaliza la actuación administrativa sino que es una herramienta que permite llevar a cabo el procedimiento de elección.

Sostuvo que, en materia electoral la jurisprudencia ha entendido que la convocatoria es un acto de trámite pues con ella no finaliza el proceso de elección.

En el caso concreto, el Acuerdo No. 013 de 2014, mediante el cual se aprobó el cronograma, es un mero acto de contenido electoral que permite perfeccionar el proceso de elección del Rector, por lo que no debe ser publicado en el *Diario Oficial*, aun aceptando la aplicación de la Ley 489 de 1998.

iv) La irregularidad en el proceso electoral debe causar una afectación proporcional o ponderada:

El medio de control de nulidad electoral permite el estudio de irregularidades de actos distintos al de elección cuando se trata de elecciones por voto popular, no obstante exige que se demanden junto con el acto de elección. En gracia de discusión, si se aceptara que dicho estudio está permitido para los procesos de elección de naturaleza distinta a la del voto popular, la norma-artículo 139 de la Ley 1437 de 2011-, es clara en señalar que deben incidir en el acto de elección.

Así, cuando se ha permitido el análisis de irregularidades en actos diferentes al de elección, la jurisprudencia ha sido tajante en afirmar que no toda irregularidad tiene la virtualidad de generar la nulidad del acto de elección, sino solo aquella que incide de manera importante en él.

De este modo, a la parte demandante le corresponde demostrar no solo la irregularidad alegada, que no se dio, sino también que la misma es causante de una grave afectación.

En consecuencia, en el evento de considerarse que se configuró la irregularidad consistente en haber publicado de manera extemporánea el Acuerdo No. 013 de 2014, esta no tiene la capacidad de afectar la validez o la legalidad del acto de elección del Rector de la UNAD.

Más aun, teniendo en cuenta que la lectura del *Diario Oficial* es mucho menor que la del diario *El Tiempo*, el cual es el más leído en Colombia, según el último Estudio General de Medios². Es decir, su idoneidad para cumplir con el requisito

2 “Es un estudio poblacional. No se trata de representar a los lectores, o a los oyentes, o a los espectadores, sino que busca una representación adecuada de la población, mediante una muestra a la que se interroga, entre otras cosas, acerca de su comportamiento en relación al consumo de medios. La representación de los lectores, oyentes o espectadores es más una consecuencia que una premisa.

En su modelo actual es un estudio que combina distintas fuentes de información (multimedia-monomedias), aportando al mercado un “dato único” que, al final del proceso, contempla para cada individuo su comportamiento respecto a los distintos medios. La realidad social es multimedia, como lo es también en su mayor parte la realidad publicitaria y esta es la óptica a la que, con distintas soluciones que parten de muy distintos antecedentes, están convergiendo en todo el panorama internacional de la medición de audiencias.

Es un estudio anual. El diseño muestral es anual, aunque tal diseño se divide posteriormente en tres partes de igual tamaño y composición; el ciclo muestral solo se completa en tres oleadas, es decir, en un año de investigación. Es importante tener este hecho en cuenta a la hora de analizar los resultados, puesto que dependiendo del ámbito al que se refieran, puede haber en una ola concreta estratos o segmentos de

de publicidad y, por ende, asegurar el debido proceso es inexistente, por lo que su presunta omisión carece de efectos prácticos determinantes de la pretendida nulidad del acto de elección.

Lo anterior se evidencia con la certificación del Gerente de Innovaciones y Desarrollo Tecnológico de la UNAD, en el que consta que luego de la publicación en el diario El Tiempo, la página web de la Universidad tuvo más de 620.000 visitas, mientras que la publicación en el *Diario Oficial* tuvo poca incidencia.

Además, la publicación en el *Diario Oficial* es una mera formalidad que se entiende cumplida con el pago de la publicación del acto sin que sea relevante el momento en el que efectivamente se publica el acto en dicho medio. De ahí que la no publicación o publicación extemporánea no pueda tenerse como irregularidad de gran magnitud, pues en todo caso, en el proceso de elección del Rector de la UNAD se aseguró el cumplimiento y respeto del principio de publicidad a través de medios más eficaces que el *Diario Oficial*.

v) La ausencia de publicidad genera la inoponibilidad del acto y no su invalidez:

Adujo la apoderada del ente universitario que, de haberse violado el principio de publicidad, no se afectaría la legalidad del acto de elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador, pues como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el efecto de la falta de publicidad es la inoponibilidad del acto.

No se puede desconocer el precedente de la Corporación en el tema y definir la publicación en el *Diario Oficial* como un requisito de validez, cuando siempre ha sido tenido como requisito para la oponibilidad del acto, incluso en materia electoral.

vi) La UNAD cumplió plenamente con las reglas propias del principio de publicidad:

Insistió en que la elección del Rector se surtió con sometimiento a las normas que regulan la materia, en particular, el Acuerdo No. 011 de 2010, el cual establece la regla de publicidad y divulgación del cronograma aprobado. Al efecto dicha norma prevé la publicidad a través de medios electrónicos atendiendo las innovaciones tecnológicas de los últimos años y en consonancia con la metodología de la UNAD que ofrece programas a distancia.

La Universidad acató así las disposiciones que rigen la publicidad de sus actos en la norma aplicable al caso concreto, comoquiera que se sometió a lo normado en sus estatutos.

Con los procedimientos de publicidad que implementó, acató

población -y consecuentemente audiencia de soportes, sobre todo locales- infra o sobrerrepresentados que sólo adquieren su verdadero valor de representación en el resultado anual". <http://www.aimc.es/-Caracteristicas-Tecnicas-.html>

también los nuevos desarrollos legales vigentes sobre el valor de la publicación por medios electrónicos. Particularmente, el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, que faculta a las entidades para usar estas nuevas tecnologías con el fin de difundir de manera masiva la información que produce, contenida en actos, contratos y resoluciones.

La UNAD, si bien no estaba sometida a las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre publicidad de sus actos, porque cuenta con un régimen especial que regula la materia, al utilizar los medios electrónicos de publicidad, obró conforme los más recientes postulados de este principio.

Adujo que no le asiste razón al demandante cuando afirma que se violaron normas que regulan el principio de publicidad y debido proceso, pues es claro que los medios utilizados por la UNAD permitieron cabalmente la divulgación de la convocatoria y de todas las demás actuaciones surtidas durante el proceso de elección del Rector.

Sostuvo igualmente que las actuaciones surtidas durante todo el proceso de selección fueron imparciales y transparentes y que se garantizó la oportuna y eficiente posibilidad de participación.

Asimismo, la información se dio a conocer de manera oportuna a través de la publicación del aviso en el diario *El Tiempo* -que es el de mayor circulación en el país- y en los medios de comunicación de la Universidad, los cuales gozan de plena validez jurídica y probatoria.

Concluyó que el trámite para la elección del Rector de la UNAD se sometió claramente a lo normado en el artículo 209 constitucional, "*norma de principios*" cuya aplicación admite variadas formas de realización, distintas a la tradicional y cada vez más en desuso, publicación en el *Diario Oficial*.

3.2. Rector de la UNAD Jaime Alberto Leal Afanador

A través de apoderado judicial, el demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

i) La autonomía universitaria comprende la organización y elección de sus directivas, lo cual implica el señalamiento de las condiciones y procedimientos respectivos a través de los estatutos y regulaciones expedidos por sus propias autoridades.

En ese marco, el Decreto 2770 de 2006 de manera clara y perentoria, reconoció la autonomía y especialidad de la UNAD, sujeta al régimen de la Ley 30 de 1992, como un ente universitario del orden nacional.

Así las cosas, de acuerdo con la Constitución y la ley, la UNAD contaba con la autonomía para fijar el procedimiento para la elección del Rector, como en efecto lo hizo, cuando además de

lo previsto en los estatutos, profirió el Acuerdo No. 011 de 2010 por medio del cual reglamentó el procedimiento.

En consecuencia, el CSU resolvió cuáles eran los mecanismos de divulgación de la convocatoria para la elección del Rector y así lo incluyó en el artículo segundo del Acuerdo 11 de 2010, disposición que fue cumplida a cabalidad.

ii) El artículo 119 de la Ley 489 de 1998 no es aplicable toda vez que tiene como destinataria a la Administración Pública y, de manera expresa excluyó a las entidades universitarias autónomas.

El CSU, como autoridad máxima de un ente universitario autónomo, no comprendido dentro del concepto de Administración Pública, estaba plenamente facultado para regular autónomamente el proceso de selección y para disponer los medios de divulgación del proceso, como en efecto se hizo.

Por tanto, no puede aplicarse el contenido de la Ley 489 de 1998 a las Universidades reconocidas como entes autónomos, en la medida en que poseen un régimen especial y están dotados de autonomía.

iii) El trámite de designación del Rector fue absolutamente legal, en tanto se adelantó de conformidad con el Acuerdo No. 011 de 2010, en el que se fijaron las condiciones para la elección.

Dicha norma fue expedida en junio del año 2010, sin embargo, solo hasta ahora el Ministerio de Educación Nacional reprocha esa supuesta irregularidad, pero antes del inicio del trámite de elección del Rector endilgó tal defecto o requirió que se hiciera la publicación de la convocatoria en el *Diario Oficial*, la cual no era necesaria.

4. Terceros coadyuvantes

4.1. Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Intervino en su calidad de ciudadano para **impugnar la demanda presentada y defender el acto acusado**, con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan:

i) La UNAD es un ente universitario autónomo:

En este acápite, el coadyuvante explicó que desde su creación y hasta el año 2006, la entidad fue una institución de educación superior. A partir del Decreto No. 2770 de 2006, es un ente universitario autónomo con régimen especial contenido en la Ley 30 de 1992 y la Ley 647 de 2001.

Así, con la expedición del referido decreto, se dispuso la transformación en ente autónomo de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, por lo cual dejó de ser un establecimiento público y una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, para pasar a convertirse en una entidad

autónoma del Estado, con régimen constitucional y legal propios.

Por consiguiente, la UNAD no se rige por las reglas propias de las entidades que integran la rama ejecutiva, entre ellas, la Ley 489 de 1998, excepto el artículo 40 que precisamente excluye de su campo de aplicación a este tipo de entidades.

En ese orden, a partir de la expedición del Decreto No. 2770 de 2006, se le deben aplicar a la UNAD en su integridad: a) el artículo 69 de la Constitución Política con el alcance definido por la jurisprudencia constitucional acerca de la autonomía universitaria como principio y como derecho constitucional; y, b) el régimen especial de las Universidades del Estado previsto en esa misma disposición y las contenidas en la Ley 30 de 1992.

ii) La autonomía universitaria y el régimen especial de las Universidades del Estado aplicable a la UNAD:

El inciso primero del artículo 69 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria y para tal efecto señala que todas las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. En desarrollo de lo anterior, la Ley 30 de 1992 en sus artículos 28 y 29, precisó el contenido y alcance normativo de la autonomía universitaria.

A partir de dichas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la autonomía universitaria se erige como una institución que puede ser analizada desde dos perspectivas diferentes, pero no excluyentes: como principio constitucional y como derecho o garantía constitucional, cuyo contenido esencial, según la Corte Constitucional consiste en la facultad de determinar su dirección ideológica y en dotarse de su propia organización interna.

La autonomía universitaria, como **principio constitucional**, fue concebida por el constituyente y desarrollada por la jurisprudencia, para que las instituciones de educación superior de carácter universitario, puedan estructurar proyectos de formación profesional encaminados a lograr una misión educativa y cultural propia dentro del ámbito académico. Es una garantía jurídica que busca proteger la libertad de configuración en los programas universitarios, e igualmente la independencia frente a cualquier tipo de injerencia privada o pública, que interfiera en el proceso de formación educativo superior.

Tanto las universidades oficiales como las privadas, son entes organizados que se caracterizan por la realización exclusiva de actividades propias de la educación superior. En atención a ello, la autonomía como principio irradia todo el ámbito de desarrollo que comprende el derecho a la educación superior, puesto que permite que se diseñen racionalmente los objetivos que determinan la estructura y funcionamiento de las necesidades propias de cada entidad.

Dicho principio pretende resguardar el ejercicio legítimo de los siguientes elementos esenciales de los entes universitarios: autodeterminación, autogobierno y autorregulación.

Como **derecho o garantía constitucional**, la autonomía universitaria posibilita que cada institución universitaria se identifique como ente singular dentro del mundo universitario, de modo que pueda autogobernarse, administrarse y autorregularse, siempre con sujeción al ordenamiento constitucional y legal.

Asimismo, se traduce en las libertades que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a los entes universitarios para el pleno desarrollo y ejercicio de sus objetivos, metas y programas específicos.

Debe precisarse que la autonomía universitaria es una garantía institucional de aplicación restrictiva, dado que los únicos entes que pueden ejercer las libertades jurídicas que se desprenden del artículo 69 Superior, son las Universidades y no los demás entes de educación superior.

Por tanto, las Universidades pueden fijar y determinar su estructura, funcionamiento y reglamento, así como definir y establecer los criterios con arreglo a los cuales habrá de seleccionarse el cupo máximo de estudiantes para cada período académico, el personal estudiantil que será admitido, etc.

Ahora bien, el ámbito intangible del derecho a la autonomía universitaria, cuyo respeto se impone a las autoridades públicas y a los particulares, se manifiesta en dos esferas:

a. La autoorganización: comprende los procedimientos académicos y administrativos propios de cada claustro universitario y consisten en designar las autoridades académicas y administrativas; crear, organizar y desarrollar sus programas académicos; definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; otorgar los títulos correspondientes; seleccionar profesores; admitir alumnos, etc.

b. La autorregulación: posibilidad de regirse por autoridades propias e independientes y darse en el ámbito académico sus propias normas.

Ahora bien, como principio o garantía, la autonomía universitaria no es un concepto jurídico absoluto, puesto que no habilita a los entes universitarios para que en ejercicio de las libertades jurídicas concedidas por el constituyente, quebranten los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad académica o de terceros.

En concreto, los límites son los siguientes:

- Respeto por los valores, principios y derechos en los cuales se cimenta el Estado Social de Derecho y que integran el ordenamiento jurídico colombiano.

- Sujeción de la autonomía universitaria a los criterios de racionalidad que deben primar en el ejercicio de las potestades de autorregulación.

- La Corte Constitucional ha señalado que los límites al ejercicio de la autonomía universitaria están dados en dos órdenes: 1) en el orden constitucional, pues el conjunto de disposiciones reglamentarias adoptadas por el centro educativo y en la aplicación de los mismos, encuentra límite en la Constitución, en los principios y derechos que esta consagra, en las garantías que establece y en los mandatos que contiene; 2) en el orden legal, porque la misma Constitución en el inciso 1º del artículo 69, dispone que las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley.

- Presencia necesaria del Estado en la prestación del servicio público de la educación, en razón a que el constituyente ordenó garantizar la calidad de los estudios, el cumplimiento de sus fines y la mejor formación moral, intelectual y física que se imparte en las diferentes entidades universitarias. En atención a ello, la Carta Política consagra la función de inspección y vigilancia de la calidad de la educación, en cabeza del Estado y de las autoridades administrativas.

Ahora bien, sin perjuicio de la autonomía universitaria, el inciso 2º del artículo 69 de la Constitución determina además, que la ley establecerá un régimen especial para las Universidades del Estado. En desarrollo de lo anterior, el Título III de la Ley 30 de 1992 contempla dicho régimen para las Universidades del Estado.

iii) El régimen especial para elegir a los directivos y designar al Rector de la Universidad y la reglamentación expedida para tal efecto en desarrollo del régimen especial de la UNAD:

Las Universidades estatales, entre ellas la UNAD, tienen un régimen especial previsto en la Ley 30 de 1992, modificado por la Ley 647 de 2001, el cual contempla el de elegir a sus directivos y designar al Rector en los términos que definan los estatutos.

En efecto, los Consejos Superiores Universitarios deben reglamentar la elección de sus directivos y la designación, requisitos y calidades del Rector, según lo disponen los artículos 57, 65 literal e) y 66 de la Ley 30 de 1992.

De conformidad con lo anterior, el literal d) del artículo 10 del Acuerdo No. 001 de 2006, por el cual se aprobó el Estatuto General de la UNAD, determinó como función del CSU, designar al Rector para un período de cuatro años. A su vez, el artículo 13 *ejusdem* dispuso que el Rector fuera designado por el CSU, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida y, mediante el Acuerdo No. 011 de 2010 se reglamentó la designación del Rector de la UNAD, en el cual, en su artículo segundo, literal c) se estableció:

“Artículo Segundo. Designación de Rector. Para la designación de Rector de la Universidad por parte del Consejo Superior, se tendrá en cuenta lo siguiente: (...)

c) Una vez aprobado por el Consejo Superior el respectivo cronograma para la convocatoria del proceso de designación de Rector, la Secretaría General difundirá a través del portal web de la Universidad el proceso para que se realicen las respectivas inscripciones por los candidatos quienes en el mismo formulario de inscripción anexarán los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos y su propuesta programática. La convocatoria se divulgará por los diferentes medios de comunicación disponibles en la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional. (...).”

Al amparo de la reglamentación vigente expedida por el CSU, se han adelantado los procesos de designación del Rector en los años 2010 y 2014 y con fundamento en ella, se han expedido los actos en cada proceso electoral como los que contienen los cronogramas de cada proceso de designación para los períodos 2011-2015 y 2015-2019, los actos mediante los cuales se otorgaron avales para la estructuración y aplicación de las respectivas encuestas de opinión dentro de cada proceso de designación del Rector y los actos definitivos de elección.

El literal e) del artículo 12 del Acuerdo No. 015 del 30 de marzo de 2012, por el cual se modificó el Estatuto General de la UNAD, establece como función del CSU, designar al Rector para un período de 4 años. A su vez, el artículo 15 del mismo Estatuto señaló que el Rector será designado por el CSU de conformidad con la reglamentación que al efecto se expida.

Con fundamento en este último Estatuto y en desarrollo de lo previsto en el Acuerdo No. 011 de 2010, se expidió el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, mediante el cual se aprobó el cronograma para la designación del Rector para el período 2015-2019, el cual previó la difusión de la convocatoria en medios de comunicación de la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional, así como las publicaciones respectivas en el portal web.

Además, los Acuerdos No. 001 de 2006 –Estatuto General–, 011 de 2010 -Estatuto Especial de Designación de Rector- y 015 de 2012 –otorga avales para la estructuración y aplicación de las encuestas de opinión en cada proceso de designación de Rector–, gozan de presunción de constitucionalidad y legalidad, no han sido demandados y por lo mismo no han sido suspendidos ni anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, con fundamento en ellos se expidieron los actos de trámite contenidos en los Acuerdos No. 012 de 2010 –aprobó el cronograma para la designación de Rector para el período 2011-2015– y 013 de 2014 –aprobó el cronograma para la designación de Rector para el período 2015-2019–.

Con dichos cronogramas y las actuaciones de trámite que conforme a ellos se ejecutaron, se cumplieron las reglas previstas en el Acuerdo No. 011 de 2010 y con él los estatutos de la Universidad que a su vez desarrollaron las facultades previstas en el régimen especial contenido en la Ley 30 de 1992.

El Acuerdo No. 013 de 2014, acto de trámite, se limitó a reproducir la regla general vigente contenida en el Acuerdo No. 011 de 2010 respecto a la difusión del cronograma para la designación del Rector. Dicha disposición tiene por finalidad garantizar la efectiva publicidad que a su vez permita la real participación de quienes aspiran a ocupar el mencionado cargo, en los términos del artículo 40 numerales 1, 2 y 7 de la Constitución Política.

No se trata de cumplir un mero formalismo que se surte con el pago de los derechos de publicación en el *Diario Oficial*, sin que ello se traduzca en un efecto real y jurídico, sino de garantizar mediante el uso de los modernos sistemas de comunicación y los de circulación nacional, la participación de todo aquel que aspire a ser designado como Rector de una Universidad cuya misión es precisamente educar mediante el uso de los sistemas universales de comunicación.

iv) ¿Por qué no es aplicable a las Universidades estatales la Ley 489 de 1998 y con ella el artículo 119?

Adujo que dicha norma fue dictada con el fin de evitar la proliferación de boletines, para la publicación de los actos administrativos de carácter general expedidos por las autoridades públicas, lo cual había generado caos e inseguridad jurídica.

Sin embargo, la Ley 489 de 1998 no es aplicable a las Universidades estatales, porque solo contiene normas relacionadas con la organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público y por ello el artículo 40 las exceptúa de su campo de aplicación.

Las entidades enunciadas en dicho artículo se rigen por sus respectivos regímenes dictados por el legislador al amparo de normas constitucionales y, en el caso de las Universidades públicas, la Ley 30 de 1992 que desarrolla el artículo 69 constitucional.

La Corte Constitucional al analizar la Ley 30 de 1992 y el Decreto 1210 de 1993 sostuvo que las Universidades públicas no forman parte de la rama ejecutiva y por ello no son destinatarias de las normas dictadas para las entidades que sí la integran.

Además, la norma contenida en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 fue subsumida por el artículo 65 del CPACA, razón por la cual, al momento de la expedición del Acuerdo No. 013 de 2014, por parte del CSU de la UNAD, dicha disposición ya no estaba vigente. Es decir, al entrar en vigencia el CPACA, dejó de regir el artículo 119 de la Ley 489.

El artículo 65 del CPACA solo es aplicable a falta de norma especial y, habiendo un régimen especial para las Universidades estatales contenido a partir del artículo 57 de la Ley 30, modificado por la Ley 647 de 2001, el cual se refiere al procedimiento de elección de directivas y designación de Rector, que a su vez remite a los estatutos y acuerdos de las Universidades, no es aplicable el régimen de publicidad previsto en otras normas.

Finalmente, señaló que la Corte Constitucional ha afirmado que la ley no puede extender sus regulaciones a materias relativas a la organización académica o administrativa, como serían los aspectos relacionados con la designación de sus autoridades administrativas, entre ellas, el Rector. Si el legislador se inmiscuyera en ello, se estaría en presencia de una intervención indebida en la vida de la Universidad y se incurriría en una violación de su autonomía.

4.2. Katherine Martín Gutiérrez

Solicitó se **acceda a las pretensiones de la demanda** por violación a la democracia universitaria y a la transparencia. Afirmó que el Rector fue elegido con *"el descarado aval"* del Ministerio de Educación porque no respetó el resultado de la consulta interna y además porque *"manda un oscuro mensaje a las Universidades diciéndoles que la autonomía universitaria las releva de la obligación de publicar la elección de los Rectores en el Diario Oficial"*.

5. La audiencia inicial

El 1º de julio de 2015 se celebró audiencia inicial en la cual se reconocieron a los terceros impugnadores y coadyuvantes, se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.

En este punto, se concedió el valor que asigne la ley a los documentos aportados por las partes y los terceros.

De las decisiones adoptadas en el marco de la audiencia inicial se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, **por lo que las mismas quedaron en firme**.

En este mismo momento, se decidió prescindir de la audiencia de pruebas y de conformidad con el artículo 181 del CPACA, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

Sin embargo, esa última decisión fue objeto de recurso de reposición por parte del abogado del demandado con el fin de que se presentaran de manera oral los alegatos de conclusión, en el mismo sentido se pronunciaron los apoderados de la UNAD, el Ministerio demandante y el coadyuvante de la parte demandante.

El ponente accedió a que el proceso no se tornara escritural y mantuviera su naturaleza oral. Por último dejó constancia

de que solicitaría a la Sala, en caso de que fuese necesario sortear conjuces, que los que resultaren sorteados en este, por seguridad jurídica, también participaran en la resolución y decisión de aquellos otros casos en los que se debata el mismo problema jurídico, teniendo en cuenta que en la Sección existen otras demandas contra la elección de diferentes Rectores, con fundamento en los mismos argumentos.

6. Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento

El 23 de noviembre de 2015 se celebró audiencia de alegaciones y juzgamiento. En desarrollo de esta, la Magistrada Ponente precisó que si bien escucharía a las partes, los alegatos debían ser igualmente presentados por escrito para que fueran detenidamente analizados por la Sala.

En ese orden de cosas, se le concedió el uso de la palabra por el término de 10 minutos a cada interviniente así: primero a la apoderada del demandante; luego al apoderado del demandado; posteriormente a la apoderada de la UNAD, acto seguido tomaría la palabra el tercero impugnador de la demanda, doctor Jorge Enrique Ibáñez Nájara y, por último, al Ministerio Público.

6.1. Apoderada de la parte demandante

Manifestó la elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador se encuentra viciada de nulidad, comoquiera que fue realizada sin cumplir con el principio de publicidad de la convocatoria.

Alegó como desconocidas las siguientes disposiciones:

Constitución Política, artículos 29, 69 y 209:

La publicación del acto administrativo que fijó el cronograma para la elección del Rector se efectuó de manera extemporánea, pues se habían adelantado etapas vitales en el proceso como: inscripción, publicación de candidatos, consulta pública, publicación de resultados de la consulta y solo faltaba la realización de las entrevistas y la designación.

Por tanto, en dicho proceso se desconocieron los requisitos y reglas mínimas señaladas en la ley, los acuerdos y los estatutos con lo cual se omitió el debido proceso administrativo así como los principios que rigen la función pública: igualdad, imparcialidad y publicidad.

Ley 489 de 1998, artículo 119:

Dicha norma, aplicable a las Instituciones de Educación Superior en criterio del Ministerio demandante, establece el deber de publicar en el *Diario Oficial*, entre otros, los actos administrativos de carácter general. En el mismo sentido, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, dispone que los actos administrativos de carácter general no son obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial*.

En ese orden, al publicarse de manera tardía el acuerdo que fijó el cronograma, no se cumplió con el mandato legal, lo cual le resta validez a los actos posteriores, entre ellos, el Acuerdo No. 020 de 2014 que designó al Rector para el período 2015-2019.

Ley 30 de 1992, artículos 29 y 67:

En virtud de la autonomía que le fue otorgada, la UNAD expidió sus estatutos, reglamentos y acuerdos para su funcionamiento administrativo, financiero y académico. Sin embargo, no expidió el Acuerdo No. 020 de 2014 de acuerdo a la “*forma procesal establecida*”.

Además, por ser una institución universitaria del orden nacional, la UNAD tiene la obligación de publicar en el *Diario Oficial* los actos administrativos de carácter general que expida.

Estatutos - Acuerdo 015 del 30 de marzo de 2012:

El artículo 12 de esta normativa ratifica la obligación para los miembros del CSU de designar Rector, para lo cual debieron acatar lo preceptuado en la ley sobre la publicación de los actos administrativos. Al no publicar el Acuerdo No. 013 de 2014, no respetaron uno de los supuestos de legalidad necesarios de dicho acto.

6.2. Apoderado del demandado

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

La autonomía universitaria comprende la organización y elección de sus directivas, lo cual implica el señalamiento de las condiciones y procedimientos respectivos a través de los estatutos y regulaciones expedidos por sus propias autoridades.

Afirmó que la Sección Quinta profirió una decisión rectificando la posición que venía sosteniendo en relación con los requisitos exigidos para la publicidad de los actos administrativos proferidos por las universidades públicas y solicita que se tenga en cuenta para el presente caso.

En ese marco, el Decreto 2770 de 2006 de manera clara y perentoria, reconoció la autonomía y especialidad de la UNAD, sujeta al régimen de la Ley 30 de 1992, como un ente universitario del orden nacional.

Así las cosas, de acuerdo con la Constitución y la ley, la UNAD contaba con la autonomía para fijar el procedimiento para la elección del Rector, como en efecto lo hizo, cuando además de lo previsto en los estatutos, profirió el Acuerdo No. 011 de 2010 por medio del cual reglamentó el procedimiento.

En consecuencia, el CSU resolvió cuáles eran los mecanismos de divulgación de la convocatoria para la elección del Rector y así lo incluyó en el artículo segundo del Acuerdo 11 de 2010, disposición que fue cumplida a cabalidad.

El artículo 119 de la Ley 489 de 1998 no es aplicable toda vez que tiene como destinataria a la Administración Pública y, de manera expresa excluyó a las entidades universitarias autónomas.

El CSU, como autoridad máxima de un ente universitario autónomo, no comprendido del concepto de Administración Pública, estaba plenamente facultado para regular autónomamente el proceso de selección y para disponer los medios de divulgación del proceso, como en efecto se hizo.

Por tanto, no puede aplicarse el contenido de la Ley 489 de 1998 a las Universidades reconocidas como entes autónomos, en la medida en que poseen un régimen especial y están dotados de autonomía.

iii) El trámite de designación del Rector fue absolutamente legal, en tanto se adelantó de conformidad con el Acuerdo No. 011 de 2010, en el que se fijaron las condiciones para la elección.

Dicha norma fue expedida en junio del año 2010, sin embargo, solo hasta ahora el Ministerio de Educación Nacional reprocha esa supuesta irregularidad, pero antes del inicio del trámite de elección del Rector endilgó tal defecto o requirió que se hiciese la publicación de la convocatoria en el *Diario Oficial*, la cual no era necesaria.

6.3. Apoderada de la UNAD

Hizo un pronunciamiento expreso sobre los hechos y se opuso a las pretensiones contenidas en la demanda.

Al efecto, expuso los siguientes argumentos:

i) La Universidad actuó de conformidad con el régimen especial de origen constitucional que la rige:

Las Universidades públicas tienen un régimen especial que comprende la facultad de regular la elección de sus directivas, es decir, la forma, el procedimiento y los requisitos que se deben cumplir. Dentro de esta posibilidad, cabe la de reglamentar el proceso de elección del Rector quien se encuentra cobijado por el concepto de directiva, pues así lo dispone la Ley 30 de 1992. Igualmente se puede consultar el Acuerdo 15 de 2012. Reitera la misma jurisprudencia a que hizo mención el apoderado de la parte demandada.

La UNAD definió en sus estatutos las reglas de publicidad de los actos de carácter general y estableció que frente al proceso de elección del Rector, la convocatoria y el acto aprobatorio del cronograma, se publicarían en la página web de la Universidad.

Particularmente, el literal c) del artículo segundo del Acuerdo No. 011 de 2010 “*Por el cual se reglamenta la designación de Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD*” definió claramente la regla de publicidad y divulgación que surtiría el cronograma aprobado para dicho proceso, así:

"Artículo Segundo. Designación de Rector. Para la designación de Rector de la Universidad por parte del Consejo Superior, se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

c) Una vez aprobado por el Consejo Superior Universitario el respectivo cronograma para la convocatoria del proceso de designación de Rector, la Secretaría General difundirá a través del portal web de la Universidad el proceso para que realicen las respectivas Inscripciones por los candidatos quienes en el mismo formulario de inscripción anexarán los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos y su propuesta programática. La convocatoria se divulgará por los diferentes medios de comunicación disponibles en la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional".

En cumplimiento de la anterior disposición, se expidió el Acuerdo No. 013 de 2014 mediante el cual se aprobó el cronograma para la elección del Rector para el período 2015-2019, el cual fue publicado en los medios de comunicación de la Universidad (radio, canal YouTube y página web).

Por tanto, al desarrollarse el proceso de elección acatando lo dispuesto en los Acuerdos No. 011 de 2010 y 013 de 2014, que regulan la elección del Rector para el período 2015-2019 y que comprenden el régimen especial, se aseguró el derecho al debido proceso de los participantes.

Por otra parte, afirmó que la aplicación de normas ajenas al régimen especial de elección de directivas que rige para la UNAD sería contraria a la Constitución y la ley, puesto que de acuerdo con los principios que rigen los conflictos entre las leyes, la norma aplicable a la publicación de los actos de carácter general del proceso de elección del Rector, es la contenida en el Acuerdo No. 011 de 2010 porque desarrolla el régimen especial consagrado en la Constitución y la Ley 30 de 1992 para las Universidades públicas.

Así, la publicación de los actos propios del referido proceso electoral no se rige por el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, ni por el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 -este último, indica que no fue invocado como violado en la demanda- pues ambas son normas de carácter general en lo relativo a la elección de las directivas de una Universidad con autonomía constitucional y régimen especial, así lo entendió el legislador al establecer que dichas normas solo deben ser aplicadas cuando no exista régimen especial.

En ese orden, el Acuerdo No. 013 de 2014, acto de carácter general, no debía ser publicado en el *Diario Oficial* en los términos de los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 y 65 de la Ley 1437 de 2011, ante la existencia de normas de carácter especial cuya aplicación prevalece respecto de los procedimientos de selección de los directivos de la UNAD.

En todo caso, la UNAD realizó la publicación del Acuerdo No. 013 de 2014 en el *Diario Oficial* el 24 de noviembre de 2014 con el fin de redundar en garantías. Contrario a lo dicho por la parte demandante, aquella publicación, no fue extemporánea porque el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 no establece el plazo entre la expedición del acto de la convocatoria y la publicación en el *Diario Oficial*, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-802 de 2006.

Sostuvo la apoderada de la UNAD que el proceso de designación de Rector que derivó en el acto que se demanda, se adelantó observando minuciosamente las reglas internas, amparadas por el principio de la confianza legítima.

Como sustento de esa confianza legítima que se configuró en cabeza de la UNAD, todas las Universidades publican los actos generales de la manera prevista en sus estatutos, sin someterse a las normas de la Ley 489 de 1998, sin objeción alguna por parte del Gobierno Nacional.

Señaló que, tan confiada estaba la Universidad de que el proceso se estaba adelantando conforme a derecho, que solicitó el acompañamiento preventivo de la Procuraduría General de la Nación, ente al cual se le informó que la publicación de la convocatoria se haría en un medio de comunicación nacional y los medios institucionales, de conformidad con su régimen especial.

iii) El acto mediante el cual se aprobó el cronograma es un acto de trámite, por tanto no debe ser publicado en el *Diario Oficial*:

Explicó la UNAD, que si se considera que el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 es aplicable, debe concluirse que no fue vulnerado porque el acto de convocatoria para la elección del Rector es de trámite, toda vez que hace parte de la secuencia de actuaciones administrativas que desembocan en el nombramiento del Rector por parte del CSU.

Es evidente que con dicho acto no se finaliza la actuación administrativa sino que es una herramienta que permite llevar a cabo el procedimiento de elección.

Sostuvo que en materia electoral, la jurisprudencia ha entendido que la convocatoria es un acto de trámite pues con ella no finaliza el proceso de elección.

En el caso concreto, el Acuerdo No. 013 de 2014, mediante el cual se aprobó el cronograma es un mero acto de contenido electoral que permite perfeccionar el proceso de elección del Rector, por lo que no debe ser publicado en el *Diario Oficial*, aun aceptando la aplicación de la Ley 489 de 1998.

iv) La irregularidad en el proceso electoral debe causar una afectación proporcional o ponderada:

El medio de control de nulidad electoral permite el estudio de irregularidades de actos distintos al de elección cuando se trata de elecciones por voto popular, no obstante exige que se demanden junto con el acto de elección. En gracia de discusión, si se aceptara que dicho estudio está permitido para los procesos de elección de naturaleza distinta a la de voto popular, la norma –artículo 139 de la Ley 1437 de 2011–, es clara en señalar que deben incidir en el acto de elección.

Así, cuando se ha permitido el análisis de irregularidades en actos diferentes al de elección, la jurisprudencia ha sido tajante en afirmar que no toda irregularidad tiene la virtualidad de generar la nulidad del acto de elección, sino solo aquella que incida de manera importante en él.

De este modo, a la parte demandante le corresponde demostrar no solo la irregularidad alegada, que no se dio, sino también que la misma es causante de una grave afectación.

En consecuencia, en el evento de considerarse que se configuró la irregularidad consistente en haber publicado de manera extemporánea el Acuerdo No. 013 de 2014, esta no tiene la capacidad de afectar la validez o la legalidad del acto de elección del Rector de la UNAD.

Más aun, teniendo en cuenta que la lectura del *Diario Oficial* es mucho menor que la del diario *El Tiempo*, el cual es el más leído en Colombia, según el último Estudio General de Medios. Es decir, su idoneidad para cumplir con el requisito de publicidad y, por ende asegurar el debido proceso es inexistente, por lo que su presunta omisión carece de efectos prácticos determinantes de la pretendida nulidad del acto de elección.

Lo anterior se evidencia con la certificación del Gerente de Innovaciones y Desarrollo Tecnológico de la UNAD, en el que consta que luego de la publicación en el diario *El Tiempo*, la página web de la Universidad tuvo más de 620.000 visitas que la publicación en el *Diario Oficial* tuvo poca incidencia.

v) La ausencia de publicidad genera la inoponibilidad del acto y no su invalidez:

Adujo la apoderada del ente universitario que, de haberse violado el principio de publicidad, no se afectaría la legalidad del acto de elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador, pues como lo ha sostenido el Consejo de Estado, el efecto de la falta de publicidad es inoponibilidad del acto, jamás su invalidez.

Así las cosas, no se puede desconocer el precedente de la Corporación en el tema y definir la publicación en el *Diario Oficial* como un requisito de validez, cuando siempre ha sido tenido como requisito para la oponibilidad del acto, incluso en materia electoral.

vi) La UNAD cumplió plenamente con las reglas propias del principio de publicidad:

Insistió en que la elección del Rector se surtió con sometimiento a las normas que regulan la materia, en particular el Acuerdo No. 11 de 2010, el cual establece la regla de publicación y divulgación del cronograma aprobado. Al efecto dicha norma prevé la publicidad a través de los medios electrónicos atendiendo las innovaciones tecnológicas de los últimos años y en consonancia con la metodología de la UNAD que ofrece programas a distancia.

La Universidad acató así las disposiciones que rigen la publicidad de sus actos en la norma aplicable al caso concreto, como quiera que se sometió a lo normado en sus estatutos.

Con los procedimientos de publicidad que implemento, acató también los nuevos desarrollos legales vigentes sobre el valor de la publicación por medios electrónicos. Particularmente, el artículo 3° del CPACA, que faculta a las entidades para usar estas nuevas tecnologías con el fin de difundir de manera masiva la información que produce, contenida en actos, contratos y resoluciones.

La UNAD, si bien no estaba sometida a las normas del CPACA sobre publicidad de sus actos, porque cuenta con un régimen especial que regula la materia, al utilizar los medios electrónicos de publicidad, obró conforme los más recientes postulados de este principio, en garantía de los derechos colectivos e individuales.

Adujo que no le asiste razón al demandante cuando afirma que se violaron normas que regulan el principio de publicidad y debido proceso, pues es claro que los medios utilizados por la UNAD permitieron cabalmente la divulgación de la convocatoria y de todas las demás actuaciones surtidas durante el proceso de elección del Rector.

Asimismo, la información se dio a conocer de manera oportuna a través de la publicación del aviso en el diario *El Tiempo* – que es el de mayor circulación en el país– y en los medios de comunicación de la Universidad, los cuales gozan de plena validez jurídica y probatoria.

Concluyó que el trámite para la elección del Rector de la UNAD se sometió claramente a lo normado en el artículo 209 constitucional, “*norma de principios*” cuya aplicación admite variadas formas de realización, distintas a la tradicional y cada vez más en desuso, publicación en el *Diario Oficial*.

6.4. Tercero impugnador de la demanda, doctor Jorge Enrique Ibáñez Nájjar

Intervino en su calidad de ciudadano para impugnar la demanda presentada y defender el acto acusado, con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan:

i) La UNAD es un ente universitario autónomo

En este acápite, el coadyuvante explicó que desde su creación y hasta el año 2006, la entidad fue una institución de educación

superior. A partir del Decreto No. 2770 de 2006, es un ente universitario autónomo con régimen especial contenido en la Ley 30 de 1992 y la Ley 647 de 2001.

Así, con la expedición del referido decreto, se dispuso la transformación en ente autónomo de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, por lo cual dejó de ser un establecimiento público y una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, para pasar a convertirse en una entidad autónoma del Estado, con régimen constitucional y legal propios.

Por consiguiente, la UNAD no se rige por las reglas propias de las entidades que integran la rama ejecutiva, entre ellas, la Ley 489 de 1998, excepto el artículo 40 que precisamente excluye de su campo de aplicación a este tipo de entidades.

En ese orden, a partir de la expedición del Decreto No. 2770 de 2006, se le deben aplicar a la UNAD en su integridad: a) el artículo 69 de la Constitución Política con el alcance definido por la jurisprudencia constitucional acerca de la autonomía universitaria como principio y como derecho constitucional; y, b) el régimen especial de las Universidades del Estado previsto en esa misma disposición y las contenidas en la Ley 30 de 1992.

ii) La autonomía universitaria y el régimen especial de las Universidades del Estado aplicable a la UNAD

El inciso primero del artículo 67 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria y para tal efecto señala que todas las universidades podrán darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley. En desarrollo de lo anterior, la Ley 30 de 1992 en sus artículos 28 y 29, precisaron el contenido y alcance normativo de la autonomía universitaria.

A partir de dichas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la autonomía universitaria se erige como una institución que puede ser analizada desde dos perspectivas diferentes, pero no excluyentes: como principio constitucional y como derecho o garantía constitucional, cuyo contenido esencial, según la Corte Constitucional consiste en la facultad de determinar su dirección ideológica y en dotarse de su propia organización interna.

La autonomía universitaria como principio constitucional, fue concebida por el constituyente y desarrollado por la jurisprudencia, para que las instituciones de educación superior de carácter universitario, puedan estructurar proyectos de formación profesional encaminados a lograr una misión educativa y cultural propia dentro del ámbito académico. Es una garantía jurídica que busca proteger la libertad de configuración en los programas universitarios, e igualmente la independencia frente a cualquier tipo de injerencia privada o pública, que interfiera en el proceso de formación educativo superior.

Tanto las Universidades oficiales como las privadas, son entes organizados que se caracterizan por la realización exclusiva de actividades propias de la educación superior. En atención a ello, la autonomía como principio irradia todo el ámbito de desarrollo que comprende el derecho a la educación superior, puesto que permite que se diseñen racionalmente los objetivos que determinan la estructura y funcionamiento de las necesidades propias de cada entidad.

Dicho principio pretende resguardar el ejercicio legítimo de los siguientes elementos esenciales de los entes universitarios: autodeterminación, autogobierno y autorregulación.

Como **derecho o garantía constitucional**, la autonomía universitaria posibilita que cada institución universitaria se identifique como ente singular dentro del mundo universitario, de modo que pueda autogobernarse, administrarse y autorregularse, siempre con sujeción al ordenamiento constitucional y legal.

Asimismo, se traduce en las libertades que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a los entes universitarios para el pleno desarrollo y ejercicio de sus objetivos, metas y programas específicos.

Debe precisarse que la autonomía universitaria es una garantía institucional de aplicación restrictiva, dado que los únicos entes que pueden ejercer las libertades jurídicas que se desprenden del artículo 69 Superior, son las Universidades y no los demás entes de educación superior.

Por tanto, las Universidades pueden fijar y determinar su estructura, funcionamiento y reglamento, así como definir y establecer los criterios con arreglo a los cuales habrá de seleccionarse el cupo máximo de estudiantes para cada período académico, el personal estudiantil que será admitido, etc.

Ahora bien, el ámbito intangible del derecho a la autonomía universitaria, cuyo respeto se impone a las autoridades públicas y a los particulares, se manifiesta en dos esferas:

a) Auto-organización: comprende los procedimientos académicos y administrativos propios de cada claustro universitario y consisten en designar las autoridades académicas y administrativas; crear, organizar y desarrollar sus programas académicos; definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; otorgar los títulos correspondientes; seleccionar profesores; admitir alumnos, etc.

b) Auto-regulación: posibilidad de regirse por autoridades propias e independientes y darse en el ámbito académico sus propias normas.

Ahora bien, como principio o garantía, la autonomía universitaria no es un concepto jurídico absoluto puesto que no habilita a los entes universitarios para el ejercicio de las libertades jurídicas concedidas por el constituyente,

quebranten los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad académica a terceros.

En concreto, los límites son los siguientes:

- Respeto por los valores, principios y derechos en los cuales se cimenta el Estado Social de Derecho y que integran el ordenamiento jurídico colombiano.
- Sujeción de la autonomía universitaria a los criterios de racionalidad que deben primar en el ejercicio de las potestades de auto-regulación.
- La Corte Constitucional ha señalado que los límites al ejercicio de la autonomía universitaria están dados en dos órdenes: 1) en el orden constitucional, pues el conjunto de disposiciones reglamentarias adoptadas por el centro educativo y en la aplicación de los mismos, encuentra límite en la Constitución, en los principios y derechos que esta consagra, en las garantías que establece y en los mandatos que contiene; 2) en el orden legal, porque la misma Constitución en el inciso 1 del artículo 69, dispone que las Universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley.
- Presencia necesaria del Estado en la prestación del servicio público de la educación, en razón a que el constituyente ordenó garantizar la calidad de los estudios, el cumplimiento de sus fines y la mejor formación moral, intelectual y física que se imparte en las diferentes entidades universitarias. En atención a ello, la Carta Política consagra la función de inspección y vigilancia de la calidad de la educación, en cabeza del Estado y de las autoridades administrativas.

Ahora bien, sin perjuicio de la autonomía universitaria, el inciso 2 del artículo 69 de la Constitución determina además, que la ley establecerá un régimen especial para las Universidades del Estado. En desarrollo de lo anterior, el Título III de la Ley 30 de 1992 contempla dicho régimen para las Universidades del Estado.

iii) El régimen especial para elegir a los directivos y designar al Rector de la Universidad y la reglamentación expedida para tal efecto en desarrollo del régimen especial de la UNAD:

Las Universidades estatales, entre ellas la UNAD, tienen un régimen especial previsto en la Ley 30 de 1992, modificado por la Ley 647 de 2001, el cual contempla el de elegir a sus directivos y designar al Rector en los términos que definan los estatutos.

En efecto, los Consejos Superiores Universitarios deben reglamentar la elección de sus directivos y la designación, requisitos y calidades del Rector, según lo disponen los artículos 57, 65 literal e) y 66 de la Ley 30 de 1992.

De conformidad con lo anterior, el literal d) del artículo 10 del Acuerdo No. 001 de 2006, por el cual se aprobó el Estatuto

General de la UNAD, determinó como función del CSU, designar al Rector para un período de cuatro años. A su vez, el artículo 13 *ibídem* dispuso que el Rector fuera designado por el CSU de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida.

Al amparo de la reglamentación vigente expedida por el CSU, se han adelantado los procesos de designación del Rector en los años 2010 y 2014 y con fundamento en ella, se han expedido los actos de trámite en cada proceso electoral como los que contienen los cronogramas de cada proceso de designación para los períodos 2011-2015 y 2015-2019, los actos mediante los cuales se otorgaron avales para la estructuración y aplicación de las respectivas encuestas de opinión dentro de cada proceso de designación del Rector y los actos definitivos de elección.

El literal e) del artículo 12 del Acuerdo No. 015 del 30 de marzo de 2012, por el cual se modificó el Estatuto General de la UNAD, establece como función del CSU, designar al Rector para un periodo de 4 años. A su vez, el artículo 15 del mismo Estatuto señaló que el Rector será designado por el CSU de conformidad con la reglamentación que al efecto se expida.

Con fundamento en este último Estatuto y en desarrollo de lo previsto en el Acuerdo No. 011 de 2010, se expidió el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 mediante el cual se aprobó el cronograma para la designación del Rector para el período 2015-2019, el cual previó la difusión de la convocatoria en medios de comunicación de la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional, así como las publicaciones respectivas en el portal web.

Además, los Acuerdos No. 001 de 2006, Estatuto General, 011 de 2010 –Estatuto Especial de Designación de Rector– y 015 de 2012 –otorga avales para la estructuración y aplicación de las encuestas de opinión en cada proceso de designación de Rector–, gozan de presunción de constitucionalidad y legalidad, no han sido demandados y por lo mismo no han sido suspendidos ni anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, con fundamento en ellos se expidieron los actos de trámite contenidos en los Acuerdos No. 012 de 2010 –aprobó el cronograma para la designación de Rector para el período 2011-2015– y 013 de 2014 –aprobó el cronograma para la designación de Rector para el período 2015-2019–.

Con dichos cronogramas y las actuaciones de trámite que conforme a ellos se ejecutaron, se cumplieron las reglas previstas en el Acuerdo No. 011 de 2010 y con él los estatutos de la Universidad que a su vez desarrollaron las facultades previstas en el régimen especial contenido en la Ley 30 de 1992.

El Acuerdo No. 013 de 2014, acto de trámite, se limitó a reproducir la regla general vigente contenida en el Acuerdo No. 011 de 2010 respecto a la difusión del cronograma para la designación del Rector. Dicha disposición tiene por finalidad garantizar la efectiva publicidad que a su vez permita la real y efectiva participación de quienes aspiran a ocupar el

mencionado cargo, en los términos del artículo 40 numerales 1, 2, y 7 de la Constitución Política.

No se trata de cumplir un mero formalismo que se surte con el pago de los derechos de publicación en el *Diario Oficial*, sin que ello se traduzca en un efecto real y jurídico, sino de garantizar mediante el uso de los modernos sistemas de comunicación y los de circulación nacional, la participación de todo aquel que aspire a ser designado como Rector de una Universidad cuya misión es precisamente educar mediante el uso de los sistemas universales de comunicación.

iv) ¿Por qué no es aplicable a las Universidades estatales la Ley 489 de 1998 y con ella el artículo 119?

Adujo que dicha norma fue dictada con el fin de evitar la proliferación de boletines, para la publicación de los actos administrativos de carácter general expedidos por las autoridades públicas, lo cual había generado caos e inseguridad jurídica.

Sin embargo, la Ley 489 de 1998 no es aplicable a las Universidades estatales, porque solo contiene normas relacionadas con la organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público y por ello el artículo 40 las exceptúa de su campo de aplicación.

Las entidades enunciadas en dicho artículo se rigen por sus respectivos regímenes dictados por el legislador al amparo de normas constitucionales y, en el caso de las Universidades públicas, la Ley 30 de 1992 que desarrolla el artículo 69 constitucional.

La Corte Constitucional al analizar la Ley 30 de 1992 y el Decreto 1210 de 1993 sostuvo que las Universidades públicas no forman parte de la Rama Ejecutiva y por ello no son destinatarias de las normas dictadas para las entidades que sí la integran.

Además, la norma contenida en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 fue subsumida por el artículo 65 del CPACA, razón por la cual, al momento de la expedición del Acuerdo 013 de 2014, por parte del CSU de la UNAD, dicha disposición ya no estaba vigente. Es decir, al entrar en vigencia el CPACA, dejó de regir el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

El artículo 65 del CPACA solo es aplicable a falta de norma especial y, habiendo un régimen especial para las Universidades estatales contenido a partir del artículo 57 de la Ley 30, modificado por la Ley 647 de 2001, el cual se refiere al procedimiento de elección de directivas y designación de Rector, que a su vez remite a los estatutos y acuerdos de las Universidades, no es aplicable el régimen de publicidad previsto en otras normas.

Finalmente, señaló que la Corte Constitucional ha afirmado que la ley no puede extender sus regulaciones a materias relativas a la organización académica o administrativa, como serían los

aspectos relacionados con la designación de sus autoridades administrativas, entre ellas, el Rector. Si el legislador se inmiscuyera en ello, se estaría en presencia de una intervención indebida en la vida de la Universidad y se incurriría en una violación de su autonomía.

6.5. Doctor Juan Clímaco Jiménez Castro, Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Para el efecto, argumentó que de conformidad con el artículo 65 del CPACA, en primera medida podría decirse que los actos de trámite deben ser publicados en el *Diario Oficial* para efectos de su oponibilidad, es decir, se enmarca dentro de un requisito de eficacia más no de validez del acto administrativo.

También hace referencia a la jurisprudencia de esta Sección que corrigió la posición que venía sosteniendo en relación con los actos administrativos proferidos por las instituciones universitarias públicas.

1.- La universidad, por intermedio del Consejo Directivo tiene la potestad de establecer las reglas para la elección de sus directivos, su publicación se realiza a través de los medios electrónicos y mecanismos internos de comunicación destinados a la comunidad académica –estudiantes, egresados, profesores–, lo cual resulta suficiente para cumplir con el requisito de publicidad del acto administrativo, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política.

Tal mecanismo de publicidad es el que se utiliza en las Universidades Públicas y constituye suficiente garantía de lo previsto por el artículo 29 de la Constitución. En este sentido la universidad adelantó un proceso desde todo punto de vista legal, de tal manera que el Acuerdo No. 20 de 2013 no está viciado.

Destacó que en la intervención de la universidad al interior del proceso de nulidad se allegó el documento que acredita la publicación del acto administrativo general que estableció el procedimiento para la elección del Rector del ente educativo. Todo ello conlleva a que se realizó todo el proceso de publicación del proceso electoral. Que el Rector dio a conocer la decisión que se podía tomar e invitó a participar en dicho proceso. Que el art. 29 quedó cubierto con todo el procedimiento dentro de cada etapa.

Finaliza afirmando que no se demostró que se haya vulnerado algún derecho de los que sostiene la demanda de nulidad presentada. Solicita que se confirme la elección del demandado.

Adujo que la finalidad de la publicación de las resoluciones que fijan las reglas para participar en un proceso de selección consiste en que cualquier persona interesada en la elección ofertada se entere de la convocatoria y, por tanto, participe en tal proceso, razón por la cual en nada viciaría de nulidad el acto de elección el hecho de que la publicación de los actos de la

convocatoria se hiciera en el *Diario Oficial* o en la página web de la entidad o en un diario de amplia circulación, bastaría con que se hiciera en cualquiera de ellos para cumplir su objetivo, el que no es otro que enterar a la comunidad en general para que quienes cumplan requisitos participen en la convocatoria.

Por lo tanto, si bien el Acuerdo No. 013 de 2014 le es aplicable al régimen de publicación contenido en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta la finalidad la publicación es que cualquier persona interesada en el proceso de elección del Rector de esa Institución participara en ese procedimiento electoral, dicho fin se cumple con la publicación de los citados actos en cualquier medio idóneo para el efecto,

Finalmente concluyó que la falta de publicación del acto de elección acusado no constituye causal de nulidad del mismo, pues aquella se exige para cumplir con el requisito de oponibilidad frente a terceros.

Una vez escuchados los alegatos de las partes, se decretó un receso de 10 minutos a efectos de que la Sala pudiera estudiar la posibilidad de dar el sentido del fallo.

Transcurrido el tiempo señalado nuevamente ingresaron al recinto todos los sujetos procesales y los señores Consejeros de Estado. Acto seguido la Consejera Ponente anunció que el sentido del fallo consiste en negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente se advirtió que dicha decisión quedaba notificada en estrados.

El apoderado del Rector de la Universidad UNAD solicitó el uso de la palabra para manifestar que renunciaba expresamente al poder conferido por el doctor Leal Afanador, en consideración que ha sido designado como Registrados Nacional del Estado Civil.

Por su parte el doctor Jaime Alberto Leal Afanador puso de presente que tiene conocimiento de la renuncia presentada por el doctor Galindo Vácha, por motivo de la expedición del Acuerdo proferido por los Presidentes de las Altas Cortes, y manifestó que aceptaba la renuncia y que le confería poder al doctor Mauricio Rodríguez Echevery, para lo cual allegó el poder que puso a consideración de la Sala.

Los Magistrados de la Sección Quinta aceptaron expresamente la renuncia manifestada por el doctor Galindo Vácha, y no aceptó la constitución del nuevo apoderado por cuanto el poder carecía de presentación personal del poderdante y de la suscripción y aceptación expresa del profesional del derecho.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 149 del CPACA³ y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de

³ Artículo 149. Competencia del consejo de estado en única instancia:

1999 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia, toda vez que, la demanda ataca la legalidad del acto a través del cual se eligió a Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la UNAD para el período 2015-2019.

2. El acto acusado

Se tiene como tal el Acuerdo No. 020 del 28 de noviembre de 2014, por medio del cual se eligió al señor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la UNAD para el período 2015-2019. Dicho acto obra en la copia del *Diario Oficial* No. 49.353 del 2 de diciembre de 2014. (Folio 44 del expediente).

Es de anotar que para el Ministerio demandante, el Acuerdo No. 020 de 2014 es nulo, comoquiera que la elección fue realizada sin cumplir con el principio de publicidad de la convocatoria contenida en el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, a través del cual se estableció el cronograma del proceso.

3. Análisis del cargo formulado

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial⁴, sí:

- Se vulneraron las normas superiores invocadas por el demandante por haberse publicado tardíamente en el *Diario Oficial* el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014.
- Dicha vulneración afecta la legalidad del acto de elección acusado, esto es, el Acuerdo No. 020 del 28 de noviembre de 2014.

Al efecto la Sala abordará los siguientes aspectos: i) reiteración jurisprudencial sobre la publicación de los actos de las universidades y ii) análisis del caso concreto.

En el primer acápite se examinará, desde la jurisprudencia reciente de la Sección, si en lo que atañe a los procedimientos de elección, el artículo 89 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, son aplicables o no a los entes universitarios autónomos del orden nacional.

Finalmente, al analizar el caso concreto se estudiará: i) cuál es la naturaleza jurídica de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia ii) cuál es la naturaleza jurídica del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, iii) si era imperativo que el referido acuerdo se publicara, como aduce el demandante, únicamente en el *Diario Oficial*, iv) si la publicación del acto

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: 4° De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación". (Subrayas fuera de texto).

⁴ Folios 488-499.

de trámite se convierte en requisito de validez del acto acusado; y, v) si la elección desconoció las disposiciones que se dicen transgredidas en la demanda.

3.1. Publicación de los actos generales proferidos por las Universidades: Reiteración jurisprudencial

De conformidad con el debate surtido en el *sub judice*, se puede apreciar que tanto la parte actora como la demandada tienen diferentes posiciones en relación con los problemas jurídicos planteados.

En efecto, para el demandante parece ser claro que el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 debía ser publicado en el *Diario Oficial*, porque tanto el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, como el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, así lo imponen.

A su vez, la parte demandada argumenta, especialmente con fundamento en el principio de la autonomía universitaria, que han de privilegiarse sus normas internas frente a las generales, a la hora de establecer los parámetros de divulgación de sus decisiones y que, en consecuencia, el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 podía publicarse en un diario de amplia circulación nacional y en la página *web* de la universidad.

Al respecto, la Sala señala que en sentencia de rectificación jurisprudencial del 15 de octubre de 2015, proferida dentro del radicado N° 11001-03-28-000-2015-00011-00 **la Sección, después de agotar la carga de transparencia y argumentación tal y como lo exige el inciso 2° del artículo 103 del CPACA, determinó que era la segunda de las interpretaciones la que debía privilegiarse**, es decir, la que da prevalencia al principio de autonomía universitaria.

En efecto, en la referida providencia la Sala Electoral del Consejo de Estado rectificó su jurisprudencia en lo que concierne a la publicación de los actos generales de elección en el *Diario Oficial*. Así pues, al estudiar la demanda de nulidad que se impetró contra el Rector de la Universidad Nacional de Colombia, porque no se habían publicado algunos actos de carácter general proferidos en el marco del procedimiento administrativo de elección, se determinó que:

“La Sala Electoral del Tribunal de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como se haya hoy integrada, concluye que la publicación de los actos administrativos proferidos por las Universidades -de carácter general- en el *Diario Oficial* no es obligatoria. (...)”⁵

Para sustentar la anterior decisión, la Sala esgrimió, en términos generales, los siguientes argumentos:

i) De conformidad con la jurisprudencia que la Corte Constitucional⁶ ha proferido respecto al principio de autonomía universitaria, se concluyó que con aquel principio se pretendía dotar de independencia e imparcialidad a los entes autónomos para lograr en mejor medida su fin último, esto es, la educación.

Asimismo, se coligió que *“las potestades de escoger sus autoridades, seleccionar sus profesores, administrar su presupuesto, etc. tienen sentido en la medida en que posibilitan que la actividad académica se realice sin ninguna interferencia externa que pueda comprometer su imparcialidad. En consecuencia, las universidades públicas están regidas, en el marco de su autonomía, por la Constitución y por la ley, siempre que esta última no comporte una injerencia indebida a la autonomía que detenta”*. (Negritas en original).

Igualmente, la Sección precisó que, si bien, dicho principio es transversal al cabal desempeño de las funciones propias de la universidad, aquel no tiene carácter absoluto.

ii) Se señaló que ninguna de las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998 son aplicables a los entes universitarios autónomos, en razón a que el artículo 40 *ibidem* determinó que los *“organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes”*.

Así las cosas, y comoquiera que *“las universidades públicas son entidades con un régimen especial, por disposición del artículo 69 Superior, el cual fue establecido en la Ley 30 de 1992, no le es aplicable la Ley 489 de 1998”*.

iii) Finalmente, se puso de presente que en el evento en el que los entes universitarios autónomos contaran con disposiciones internas relacionadas con el procedimiento para elegir a sus autoridades, las normas contenidas en la primera parte del CPACA, especialmente el artículo 65, resultarían inaplicables para dichas entidades.

Para sustentar la anterior premisa, se explicó que el legislador autorizó a las universidades a estatuir

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de Rectificación jurisprudencial, del 15 de octubre de 2015, Radicado N° 11001-03-28-000-2015-00011-00 Actor: Natalia Calderón Páez. C. P. Alberto Yepes Barreiro.

⁶ Consultar, entre otras, sentencia T-187 de 1993, Sentencia T-574 de 1993, sentencia T-1435 de 2010, sentencia T 645 de 2010, sentencia T-674 de 2000, sentencia T-515 de 1995.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de Rectificación jurisprudencial, del 15 de octubre de 2015, Radicado N° 11001-03-28-000-2015-00011-00 Actor: Natalia Calderón Páez. C. P. Alberto Yepes Barreiro.

un procedimiento administrativo especial, para la designación y elección de sus autoridades, lo que implicaba que se materializaba la excepción al ámbito de aplicación de dicha codificación, contemplada en el inciso final del artículo 2º del CPACA.

En suma, la Sección Quinta rectificó su jurisprudencia en lo que concierne a la publicación en el *Diario Oficial* de los actos generales proferidos por las universidades y concluyó que *“la publicación de los actos administrativos proferidos por las Universidades -de carácter general- en el Diario Oficial no es obligatoria”*.

Así las cosas, la Sala se reafirma en la tesis antes esbozada y con base en estos nuevos lineamientos analizará el caso concreto.

3.2. Caso concreto

Con base en las anteriores consideraciones corresponde a la Sala determinar si la elección del señor Leal Afanador como Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia está viciada de nulidad.

En el presente asunto la controversia gira en torno al principio de publicidad del procedimiento administrativo adelantado por la UNAD para la designación de Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de dicho ente autónomo, por la publicación tardía en el *Diario Oficial* del cronograma señalado al efecto, esto, es el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014.

Así las cosas, con el objeto de dilucidar el problema jurídico que subyace al caso concreto, en primer lugar se abordará la naturaleza del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, para posteriormente analizar si el CPACA es o no aplicable al caso concreto, y finalmente examinar si el citado Acuerdo podía publicarse en un medio diferente al *Diario Oficial*.

3.2.1 La naturaleza jurídica de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia

Mediante el Decreto 2770 del 16 de agosto de 2006, el Ministerio de Educación Nacional transformó la Universidad Nacional Abierta y a Distancia en un Ente Universitario Autónomo del orden nacional, sometido al régimen especial establecido en la Ley 30 de 1992. Hasta dicha fecha, esta entidad figuraba dentro de la organización de la Administración Pública como un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

3.2.2. La naturaleza jurídica del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014

La Sala precisa que el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 fue expedido con fundamento en la facultad prevista en el artículo 2º del Acuerdo No. 010 del 2011, normas que a su vez

se sustentan en los artículos 28⁸ y 57⁹ de la Ley 30 de 1992 que le permiten regular la organización y elección de sus directivas.

Desde el punto de vista de las diversas **decisiones** que a través de los actos administrativos pueden adoptarse, las manifestaciones de voluntad de la administración, pueden ser definitivas o de trámite.

Los actos definitivos son aquellos que concluyen la actuación administrativa, es decir, contienen la decisión propiamente dicha o, como lo indica el artículo 43 del CPACA, son aquellos *“que decid[e]n directa o indirectamente el fondo del asunto o ba[ce]n imposible continuar la actuación”*.

Por el contrario, son de trámite, preparatorios o accesorios los que se expiden como parte de un procedimiento administrativo encaminado a adoptar una decisión o, en palabras de esta Corporación, los que *“contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo”*¹⁰.

Por su parte, desde el punto de vista de su **contenido**, los actos administrativos pueden ser generales o particulares. Los primeros son aquellos actos creadores de situaciones jurídicas objetivas o reglamentarias, y que se refieren a una pluralidad de sujetos indeterminados; *“comprendiendo todas aquellas manifestaciones normativas, sean reglamentarias o reguladoras, provenientes de cualquier autoridad administrativa, caracterizados por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución Política o la Ley”*¹¹; mientras que son particulares o individuales los actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas o concretas y hacen referencia a personas determinadas individualmente.

8 “Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes, y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de función institucional”.

9 “Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

Modificado por el art. 1, Ley 647 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley”.

10 Consejo de Estado, Sección Quinta, C. P. Filemón Jiménez Ochoa, Rad. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00.

11 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Tomo II. U. Externado: Bogotá, 2006.

Es claro que el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 es un acto de contenido general, comoquiera que a través de aquel se estableció el cronograma para llevar a cabo el proceso de elección del Rector de la universidad.

En dicho acto se establecieron las diferentes etapas en las que se desarrollaría el procedimiento, tales como la difusión de la convocatoria pública que se divulgaría en medios de comunicación de la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional, inscripción de candidatos, verificación de requisitos de los inscritos, entre otros aspectos.

Es de resaltar que el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014 también es un acto contentivo de una convocatoria pública, la cual se erigió como herramienta eficaz para lograr una participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos.

En este sentido, la Sala en providencia del 3 de agosto de 2015 determinó que los términos de una convocatoria pública se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.¹²

En efecto, la convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

Así las cosas, no cabe sino concluir que el Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, es un acto de carácter general contentivo de una convocatoria pública cuyos lineamientos eran de obligatorio acatamiento tanto para la Universidad, como para aquellos que decidieron postularse para ocupar el cargo de rector de dicho ente autónomo y cuya finalidad no era otra que conllevar a la elección del Rector cuando se agotaran las diferentes etapas del procedimiento.

3.2.2. La aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al caso concreto

Para el demandante no se satisfizo el principio de publicidad del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, toda vez que aquel se publicó tardíamente en el *Diario Oficial*.

Sea lo primero advertir que para determinar si dicho principio fue trasgredido o no, debe recordarse que la Sección determinó que a dicho procedimiento **no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, ni la primera parte del CPACA**, sino las normas que al efecto ha establecido la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, toda vez que, existe

plena prueba de que dicho ente autónomo tiene disposiciones concretas acerca de cómo debe realizarse el proceso de selección del rector. Se tiene como tales las siguientes:

- Acuerdo 001 de 29 de agosto de 2006 “*por el cual se aprueba el Estatuto General de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD)*” (fl. 418-430). De esta norma cabe destacar lo siguiente:

- Determina que es función del CSU “*designar al Rector para un periodo de cuatro años de acuerdo a lo previsto en el presente estatuto y en la reglamentación que para ello se expida*” (art. 10, literal d)

- Establece que el Rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la Universidad. Fija los requisitos para ocupar dicho cargo (Art. 13) y sus funciones (Art. 14).

- Acuerdo 011 de 25 de junio de 2010 “*por el cual se reglamenta la designación de Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD)*” (fl. 101-102 y 431-433). De este acuerdo es relevante que:

- Establece los requisitos para ser Rector (art. 1º).

- Dispone que el Rector será designado por el CSU, para un período de 4 años, para la cual se realizará una **convocatoria pública** y que por lo menos con 6 meses de anticipación aprobará el cronograma del proceso de designación del Rector (art. 2º literales a y b).

- Impone a la Secretaría General el deber de difundir a través del portal web de la Universidad el proceso para que se realicen las respectivas inscripciones por los candidatos, quienes en el mismo formulario de inscripción anexarán los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos y su propuesta programática. Asimismo señala que la convocatoria se divulgará por los diferentes medios de comunicación disponibles en la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional (art. 2 literal c).

- Cerrado el proceso de inscripción de candidatos, la Secretaría General verificará y certificará el cumplimiento de los requisitos y publicará en el portal web el listado de admitidos (art. 2 literal d).

- La Secretaría General promoverá y realizará una consulta pública a los estamentos académicos sobre las propuestas programáticas presentadas por los candidatos admitidos, a través de una encuesta de opinión a la comunidad universitaria utilizando los mecanismos de participación electrónicos desarrollados por la Universidad. La consulta servirá de referencia al CSU pero no tendrá la condición vinculante para la designación (art. 2 literal e).

- En un término no superior a quince días calendario siguiente al cierre de la encuesta pública, el CSU en

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-00128-00 (acumulado). C. P. Alberto Yepes Barreiro. Demandantes: John Efrén Rodríguez Barrera y Gerardo Antonio Arias Molano. Demandado: Jorge Eliecer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta del Senado.

- sesión definida para tal fin entrevistará a cada uno de los candidatos admitidos, quienes realizarán una presentación de su propuesta programática (art. 2 literal f).
- El CSU mediante votación secreta designará como Rector a quien haya obtenido por lo menos cinco votos de los miembros asistentes a la sesión. En caso de no lograrse dicha mayoría, se realizará una nueva votación eliminando los candidatos que no obtuvieron votos y así sucesivamente hasta obtener la votación requerida (art. 2 literal g).
 - La Secretaría General será la encargada de escrutar los votos y comunicar la decisión (art. 2, literal h).
 - En sesión convocada para tal efecto, y una vez vencido el período Rectoral, se realizará la posesión del Rector designado por el CSU para el período estatutario (art. 2 literal i).
 - La competencia del CSU, definida por la ley y los estatutos, para la designación del Rector es exclusiva e indelegable.
- Acuerdo 0015 de 30 de marzo de 2012 “por el cual se modifica el Estatuto General de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD)” (fl. 442-457).
 - Establece que es función del CSU “designar al Rector para un período de cuatro años de acuerdo a lo previsto en el presente estatuto y en la reglamentación que para ello se expida” (art. 12, literal e).
 - Señala que el Rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la Universidad. Fija los requisitos para ocupar dicho cargo (art. 13) y sus funciones (art. 15).
 - Acuerdo No. 013 de 2 de septiembre de 2014 “por el cual se aprueba el cronograma para el proceso de designación de Rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD para el período comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 2 de marzo de 2019” (fl. 458-459), en los siguientes términos:

Actividad	Fecha
Difusión de la convocatoria en medios de comunicación de la Universidad y en un medio de comunicación de circulación nacional	Septiembre 15-19 de 2014
Inscripción de candidatos a través de la secretaría general, de conformidad con los términos y condiciones que se definan en la convocatoria que se defina para tal fin	Septiembre 20-26 de 2014
Verificación y certificación de cumplimiento de requisitos por la secretaría general con aval de la comisión de veeduría	Septiembre 29- Octubre 16 de 2014
Publicación de candidatos admitidos a través del portal web	Octubre 17 de 2014
Socialización virtual de las propuestas habilitadas	Octubre 20-31 de 2014
Realización de conducta pública virtual a estamentos de la UNAD	Noviembre 06-11 de 2014
Publicación de resultados de la consulta pública virtual a través del portal web, avalados por la comisión de veeduría	Noviembre 18 de 2014
Entrevista del Consejo Superior a los candidatos admitidos en la convocatoria	Noviembre 26 y 27 de 2014
Designación del Rector por el Consejo Superior	Noviembre 28 de 2014
Proceso de Planeación y empalme	Enero 5 – Febrero 27 de 2015

Se puede concluir sin ambages que la Universidad Nacional Abierta y a Distancia cuenta con un procedimiento especial para la designación del rector, el cual fue desarrollado ampliamente por los Acuerdos No. 11 de 2010 y 013 de 2014, razón por la cual resultan inaplicables al proceso de elección objeto de estudio las normas contenidas en la primera parte del CPACA, entre ellas, el artículo 65 que se refiere al deber de publicación de los actos administrativos de carácter general en el *Diario Oficial*.

En otras palabras, al procedimiento de designación del rector de la Universidad Pedagógica Nacional no le eran aplicables las normas indicadas como violadas por el demandante, en virtud de la autonomía universitaria que detenta dicha institución de educación superior.

Para profundizar aún más en este aserto debe resaltarse que el artículo 2º, inciso 3º de la Ley 1437 de 2011 establece que “...Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”, con lo que, sin lugar a dudas la norma especial rige de preferencia sobre la ley general contenida en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en lo anterior, la Sala procede a verificar el cumplimiento de dicha normativa por parte de la UNAD en el proceso de designación del Rector de esta Institución.

3.2.3. La publicación en un medio diferente al Diario Oficial

Como se expuso, el proceso de designación del rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia está reglamentado en las normas universitarias especiales antes referidas y en ellas existen disposiciones tendientes a regular lo concerniente a la publicidad de los actos proferidos en el marco de dicha actuación administrativa.

Así las cosas, la Sala verificará si las reglas sobre publicidad contenidas en la normativa universitaria, se cumplieron en la elección de Jaime Alberto Leal Afanador para el período 2015-2019:

a. Difusión en el portal *web*: el Gerente de Innovaciones y Desarrollo Tecnológico de la UNAD certificó:

“Que el 15 de septiembre de 2014, luego de la publicación del aviso en el Diario el (sic) Tiempo, se publicó en la página web de la UNAD (www.unad.edu.co) el banner que redirigía al link: información.unad.edu.co/elección-Rector

Que desde el 15 de septiembre de 2014 y hasta el 26 de septiembre de 2014 se logró la siguiente difusión de la convocatoria a través de los medios de comunicación digitales de la Universidad (www.unad.edu.co e información.unad.edu.co/elección-Rector) que a continuación se relacionan:

Medio de comunicación	PageViews
www.unad.edu.co	627735*
información.unad.edu.co/elección-Rector	2531*

**Estos datos están reportados por Google Analytics (anexo 2). (fl. 270)*

Sobre la publicación en la página *web*, el artículo 2º literal c) del Acuerdo 011 de 2010 se limita a ordenar a la Secretaría General difundir a través del portal *web* de la Universidad el proceso, lo cual en efecto ocurrió, dentro del término dispuesto en el cronograma del proceso.

b. Diferentes medios de comunicación disponibles en la Universidad: el Vicerrector de Medios y Mediaciones Pedagógicas de la UNAD certificó:

“Que dando cumplimiento en (sic) lo dispuesto en el acuerdo 013 del 2 de marzo de 2014 expedido por el consejo superior universitario y a las directrices emanadas de la secretaria general, esta unidad procedió a publicar y divulgar la convocatoria para el proceso de designación de Rector de la UNAD en los siguientes medios:

RADIO UNAD VIRTUAL

Medio que emitió durante el periodo del 8 de septiembre al 5 de octubre de 2014 el anuncio informativo Ref: Elección Rector 2015-2019 con duración de 47 segundos y una frecuencia de 2 veces por hora para un total de 48 reproducciones al día.

CANAL UNAD – YOU TUBE

A continuación se evidencian las publicaciones asociadas de los anuncios Ref: Elección Rector 2015-2019:

El anuncio informativo fue publicado el 24 de septiembre de 2014 con duración de 52 segundos, emitido por el Canal institucional de YOUTUBE. A continuación se relaciona imagen y enlace correspondiente:

[imagen]

<https://www.youtubecom/user/Universidadunad/search?query=convocatoria>

[imagen]

<https://www.youtube.com/watch?v=RkuoBt6CicM>. (fl. 302-302)

Respecto de este ítem, el artículo 2º literal c) del Acuerdo 011 de 2010 tampoco hace una reglamentación detallada, puesto que solo ordena la divulgación en los diferentes medios de comunicación disponibles en la Universidad. En el presente caso, se demostró la publicidad en radio en un lapso superior al dispuesto en el cronograma y, en internet de manera extemporánea, puesto que según el cronograma debía hacerse entre el 15 y el 19 de septiembre, pero se realizó el día 24 de ese mes, lo cual en todo caso no incide de manera determinante en la divulgación de la convocatoria.

c. Medio de comunicación de circulación nacional: obra en el expediente a folio 87, página 10 del periódico *El Tiempo* en su edición del lunes 15 de septiembre de 2014, en la sección de clasificados, aviso en el que se lee lo siguiente:

“La Universidad Abierta y a Distancia – UNAD

Informa a la opinión pública

Que el Consejo Superior Universitario mediante Acuerdo no. 013 del 2 de septiembre de 2014 aprobó la convocatoria para la designación de Rector de la Universidad de conformidad con su Estatuto General, para el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 y el 2 de marzo de 2019, por lo cual las condiciones de inscripción de candidatos estarán

disponibles a través del portal web: *www.unad.edu.co*, entre el 15 y el 26 de septiembre de 2014”.

Como el artículo 2º literal c) del Acuerdo 011 de 2010 no especifica las condiciones de la publicación, como número de veces, fecha, periodicidad, contenido, etc., la Sala considera que con la publicación efectuada en el periódico *El Tiempo*, que es un diario de circulación nacional, se cumplió con este requisito de publicidad, en el término establecido en el cronograma.

En síntesis, la Sección encuentra que **no** era imperativo que la publicidad de la convocatoria realizada por la UNAD para participar en el proceso de elección del rector de dicho ente autónomo, se hiciera en el *Diario Oficial*, toda vez que, las normas universitarias, preferentes sobre las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, debido a la autonomía que detenta la institución de educación superior, dispusieron que dicho llamado podía divulgarse a través de un periódico de amplia circulación como lo es el diario “*El Tiempo*” y en la página web de la universidad que constituye un medio eficaz.

En ese mismo sentido, para la Sala está demostrado que se dio cumplimiento a las reglas sobre publicidad del proceso para la designación del rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia para el período 2015-2019, establecidas para el efecto por dicho ente universitario.

3.2.4. La publicación los actos generales como presupuesto de validez del Acuerdo No. 020 de 2014

La Sección ha sostenido que el requisito de publicidad de un acto general no es un requisito de validez del mismo, sino de oponibilidad salvo que con base en ese acto se expida un acto particular y concreto, evento en el cual la publicidad del acto general se convierte en requisito de validez del acto particular.¹³

La Sala se reafirma en esta tesis, pues es claro que los principios de publicidad y transparencia que permean la función electoral, imponen que los actos sean puestos en conocimiento de la sociedad en general, y por consiguiente, implica que la publicación se erija como presupuesto de validez del acto de elección, cuando aquel está precedido por una actuación administrativa.

En el caso concreto, es claro que el requisito de publicidad se satisfizo pues, como se explicó en el acápite precedente, la publicación de los actos generales se realizó de conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia para la elección del rector.

En consecuencia, aunque la publicación del Acuerdo No. 013 del 2 de septiembre de 2014, sí se erige como requisito de validez del Acuerdo No. 020 de 2014, lo cierto es que al

cumplirse plenamente la divulgación del acto general, no se configura ningún reproche en el acto de elección.

4. Conclusiones

De lo expuesto en precedencia se concluye:

1. De conformidad con la postura jurisprudencial rectificadora por la Sección Quinta en sentencia del 15 de octubre de 2015¹⁴ y acogida en esta providencia en su integridad, la publicación en el *Diario Oficial* de los actos administrativos de carácter general proferidos por las universidades no es obligatoria.
2. En el caso concreto, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 no era aplicable a la elección del Rector de la UNAD, habida cuenta que dicha institución cuenta con normativa universitaria especial que guiaba el procedimiento de elección del rector y que rige de preferencia sobre el mismo conforme lo establece el inciso 3º del artículo 2º *ejusdem*.
3. La naturaleza jurídica del Acuerdo No. 013 de 2 de septiembre de 2014 es un acto de carácter general.
4. Al no ser aplicables las normas de la Ley 1437 de 2011 y al autorizar la normativa universitaria especial la divulgación del cronograma a través de un periódico de amplia circulación nacional, se acreditó que se satisfizo el principio de publicidad, comoquiera que se convocó a la ciudadanía a través de mensaje difundido en el periódico “*El Tiempo*” el día 15 de septiembre de 2014 y de la página web de la universidad, cumpliéndose suficientemente la finalidad de enterar a la comunidad académica de este importante proceso de elección.
5. La publicación de los actos generales del proceso de elección del rector de la UNAD se realizó de acuerdo con las exigencias que las normas universitarias impusieron, razón por la cual el acto de elección que se originó en aquellos, no adolece de ningún vicio que afecte su validez.

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad del Acuerdo No. 020 de 2014 por medio del cual se designó como Rector de la UNAD al señor Jaime Alberto Leal Afanador advirtiendo a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recurso alguno.

III. LA DECISIÓN

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

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de marzo de 2011, radicado N° 11001-03-28-000-2010-00006-00 C. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Actor: Hernán Garrido Prada.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de Rectificación jurisprudencial, del 15 de octubre de 2015, Radicado N° 11001-03-28-000-2015-00011-00 Actor: Natalia Calderón Páez. C. P. Alberto Yepes Barreiro.

IV. FALLA:

Notifíquese y cúmplase.

Primero: Negar las pretensiones de la demanda de nulidad del acto de elección del señor Jaime Alberto Leal Afanador como Rector de la UNAD para el período 2015-2019.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidente

Rocío Araújo Oñate

Carlos Enrique Moreno Rubio

Alberto Yepes Barreiro

Segundo: Advertir a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.



NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

JURISDICCIÓN - Es un función pública / COMPETENCIA - Es la capacidad tanto funcional como territorial que el Estado otorga a determinados funcionarios para ejercer la jurisdicción / CONFLICTO DE COMPETENCIA - Puede suscitarse frente a autoridades de diferente especialidad o jurisdicción / CONFLICTO DE JURISDICCIÓN - Debe ser resuelto por un órgano jurisdiccional diferente al que pertenezcan las autoridades enfrentadas.

La jurisdicción es una función pública realizada por los órganos competentes, que confirma la soberanía del Estado para administrar justicia dentro del territorio nacional. Es, en otras palabras, "... la potestad que tiene el Estado para aplicar el Derecho y decidir de manera definitiva los conflictos de intereses". El poder estatal de decidir los conflictos es único e indivisible y si bien el Constituyente estableció varias jurisdicciones, lo cierto es que lo hace en virtud de la especialidad de los asuntos para efectos de garantizar la efectiva prestación del servicio público.

Por otra parte, la competencia se relaciona con la distribución de los asuntos atribuidos a los jueces de una misma especialidad. En otras palabras, es la capacidad tanto funcional como territorial que el Estado otorga a determinados funcionarios para ejercer la jurisdicción. Tal reparto se organiza en seguimiento de las normas procesales, en observancia de los factores competenciales atendiendo a los criterios objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión. Conforme a lo anterior, quienes administran justicia tienen estrictamente atribuido el conocimiento de los asuntos de acuerdo a los diferentes factores enunciados, aunque pueden presentarse eventos en que diferentes jueces tienen la convicción de que les corresponde conocer de determinado proceso o, por el contrario no se consideran competentes para tramitar el asunto.

Surge así el denominado conflicto de competencia, que bien puede suscitarse también frente a autoridades de diferente especialidad o jurisdicción. La solución frente a semejante

aporía varía dependiendo de las autoridades que intervengan en el asunto.

Por el carácter jerarquizado de la Rama Judicial, de modo general, se considera que la controversia al interior de la misma jurisdicción la resuelve el órgano superior que sea parte del conflicto, o, en caso de tratarse de dos juzgados o tribunales del mismo rango, su superior común. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el conflicto se origina entre diferentes jurisdicciones, caso en el cual la colisión deberá ser resuelta por un órgano jurisdiccional diferente al que pertenezcan las autoridades enfrentadas. Es decir que ante controversias competenciales entre autoridades judiciales de diferentes jurisdicciones, será la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el órgano judicial constitucionalmente facultado para dirimir el conflicto. En el caso examinado, en virtud del escrito visible a folios 306 y 307 suscrito por las autoridades judiciales del Resguardo Indígena Puinave y Piapoco Paujil, se suscita un conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena y la contencioso-administrativa, al manifestar que el proceso con el radicado de la referencia debe ser asumido por tales autoridades especiales y a su turno este Despacho considera, como se expondrá más adelante, que el conocimiento de la demanda de nulidad electoral contra la elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Guainía del señor Édgar Alexander Cipriano Moreno corresponde al Consejo de Estado. Sobre este tipo de controversia, la Corte Constitucional se ha ocupado en repetidas oportunidades, llegando a la conclusión de que siempre es obligación del juez a quien se le presente el asunto, remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura para que lo dirima, conforme a sus facultades constitucionales y legales. Así las cosas, por las razones anteriores, en la parte resolutoria de la presente providencia, se resolverá remitir el conflicto suscitado por las autoridades indígenas al Consejo Superior de la Judicatura.

Fuente Formal: Constitución Política - Artículo 256 / Ley 270 De 1996 - artículo 112 numeral 2

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA - Elementos para identificarla

La diversidad étnica y cultural consagrada en la Carta Política y en los Convenios y declaraciones internacionales impone la obligación al Estado colombiano de reconocer y proteger las diferentes comunidades indígenas del país, identificadas de forma particular con sus tradiciones, usos y costumbres propias y distintas entre sí que aseguren su subsistencia e integridad dentro de la sociedad occidental colombiana, diversidad que se manifiesta en la autonomía de los pueblos indígenas concretada a su vez en una jurisdicción especial. Ahora bien, el principio de autonomía y dentro de este la posibilidad de ejercer una jurisdicción especial, como expresión de los postulados constitucionales de diversidad étnica y cultural, desafortunadamente como se afirmó anteriormente, no ha tenido el debido desarrollo legal y doctrinal, teniendo que entrar la jurisprudencia de la Corte Constitucional a solventar los vacíos conceptuales y finalmente a resolver de forma individual los diferentes conflictos suscitados en esta materia.

Así, el alto Tribunal se ha movido entre el reconocimiento de una autonomía restringida y una independencia ampliada, pero teniendo como sustrato unas reglas de interpretación claras a efectos de resolver las diferencias conceptuales y valorativas que se presentan en ejercicio de la jurisdicción especial: A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; las normas legales imperativas (de orden público) de la República, priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural; y, los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Por otra parte, ya desde el año 1996, la Corte Constitucional determinó los elementos claves para identificar la Jurisdicción Especial Indígena a saber: i) la existencia de autoridades indígenas propias de acuerdo a la estructura de cada grupo étnico; ii) el ámbito territorial de actuación de las mencionadas autoridades (territorios, reservas, resguardos, etc.), iii) normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos (segmentario, de autoridades comunales permanentes, religiosos, de compensación); y, iv) competencia y fuero indígena (personal o geográfico). Así las cosas, no cabe duda que las comunidades indígenas tienen derecho a que, algunas de sus controversias sean resueltas con carácter de cosa juzgada judicial pero única y exclusivamente bajo las estrictas directrices que consagra el artículo 246 de la Carta y previa observancia de los rigurosos criterios de conocimiento desarrollados por la Corte Constitucional a saber: i) que se trate de conflictos suscitados en el territorio indígena, ii) que involucre un sujeto de la comunidad, iii) que las autoridades indígenas estén legítimamente constituidas y iv) que la solución al conflicto se surta dentro de los mecanismos y procedimientos

tradicionalmente aceptados y acogidos por la comunidad. Adicionalmente el Constitucional ha manifestado que al resolver las desavenencias, estas autoridades propias siempre deben conservar el núcleo duro de los derechos reconocidos a todos los seres humanos, como son el respecto a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, degradantes e inhumanos; y, el debido proceso, que en últimas son principios de mayor importancia que la diversidad étnica y cultural.

En últimas, la jurisdicción indígena como organización jurídicamente articulada y reconocida por el Estado colombiano, es un derecho autonómico y colectivo de las comunidades, que entraña la posibilidad de resolver, conforme a sus normas, procedimientos y autoridades los delitos y conflictos que se presenten en territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de esta (criterio personal). En otra perspectiva, de acuerdo a la naturaleza de los asuntos de los que conoce la jurisdicción indígena, es decir bajo un criterio objetivo, las comunidades étnicas pueden conocer excepcionalmente de controversias que involucren el derecho propio de cada comunidad, inclusive en asuntos aparentemente propios del sistema jurídico nacional como litigios laborales o civiles, pero evidentemente bajo los estrictos límites que impone el artículo 246 constitucional, es decir dentro de un ámbito territorial de la comunidad indígena, aplicando sus normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA - Circunscripciones Electorales / CONGRESO DE LA REPÚBLICA - Sistema mixto para la elección de sus miembros del Congreso de la República que responde a las circunscripciones nacional, territorial y especial / CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL - Para la elección de Senadores de la República el territorio colombiano constituye una circunscripción electoral / CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL - Para la elección de Representantes a la Cámara está constituida por cada departamento y por el Distrito Capital de Bogotá / CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL - Está constituida por la circunscripción étnica de indígenas y negritudes y la internacional

El Congreso de la República está integrado por dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Representantes, lo que responde al modelo de representación política bicameral consagrado por la Constitución Política de 1991. La primera compuesta por ciento dos (102) miembros, de los cuales cien (100) se escogen por la circunscripción nacional y dos (2) por la especial de las comunidades indígenas; y la segunda, por ciento sesenta y seis (166) miembros, ciento sesenta y uno (161) elegidos por la circunscripción territorial y cinco (5) a través de circunscripciones especiales así: dos (2) en representación de las comunidades afrodescendientes, uno (1) para los indígenas y dos (2) en representación de los ciudadanos residentes en el exterior. Este método de composición electoral permite ampliar el espectro de participación democrática en el órgano

legislativo pues abre paso a la representación regional y de las mayorías étnicas y políticas, lo que no obsta para que los Congresistas, independientemente de la circunscripción que le dio origen a su mandato, cumplan sus funciones en defensa de los intereses del pueblo en general, como lo ordena el artículo 133 Constitucional al establecer que “los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común (...)”.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de la investidura”. Lo anterior significa que en Colombia existe un sistema mixto para la elección de los miembros del Congreso de la República que responde a las circunscripciones nacional, territorial y especial, atendiendo cada una de ellas a un criterio de representatividad diferente. Respecto a la circunscripción nacional tenemos que para la elección de los Senadores de la República el territorio colombiano constituye una circunscripción electoral y por lo mismo todos los ciudadanos del país gozan de la posibilidad de participar en la elección de dichos miembros sin observar restricciones espaciales, geográficas o de representatividad grupal, étnica o cultural. Con esto se busca precisamente la representación de las mayorías.

De igual manera, para la elección de los Representantes a la Cámara, las circunscripciones territoriales están constituidas por cada departamento y por el Distrito Capital de Bogotá cada uno de las cuales tiene derecho a elegir dos (2) Representantes y uno más en razón a su población según lo dispone el artículo 176 Constitucional. En esta circunscripción, a diferencia de la anterior, solo se encuentran habilitados para votar los ciudadanos que residan en el respectivo departamento pues lo que se busca precisamente es que el elegido conozca las necesidades de su región y, además de buscar el interés general, gestione intereses propios de ese ámbito geográfico.

Por su parte, las circunscripciones especiales constituyen un ejemplo de la discriminación electoral positiva, entendida como la atribución “a determinadas categorías sociales [de] una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos” en la medida en que fueron concebidas con el objeto de asegurar la participación de los grupos minoritarios en la adopción de las decisiones que les concierne e interesa. Dentro de estas existen las circunscripciones étnicas de indígenas y negritudes, y la internacional.

**REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Fue elegido por la circunscripción departamental de Guainía y no por la circunscripción especial indígena/
REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Planteamiento de conflicto de jurisdicción - CONFLICTO DE JURISDICCIÓN - Planteamiento ante el Consejo Superior de la Judicatura**

Resulta conveniente, advertir que el demandado Édgar Alexander Cipriano Moreno, fue elegido Representante a la

Cámara por la circunscripción departamental de Guanía y no por la circunscripción especial indígena, conforme se corrobora en el formulario E-26 mediante el cual se declaró su elección con el aval del Partido Alianza Social Independiente. Lo anterior supone que la escogencia se hizo en el marco del sistema electoral nacional para representar al territorio geográfico del Guanía y no a las comunidades indígenas o grupos étnicos, que en gracia de discusión si así hubiera sido escogido, también le era aplicable el régimen electoral colombiano.

Por otra parte vale la pena recordar que el cargo que ostenta el demandado Cipriano Mosquera, no obedece a una estructura u organización propia y exclusiva de los grupos indígenas con cosmogonías, visiones, tradiciones, usos o costumbres ancestrales propias de los diversos grupos étnicos y culturales, sino que corresponde al diseño institucional para el órgano legislativo colombiano que integra una estructura adoptada por el constituyente para la representación común de la mayoría de los colombianos. Por ello, la escogencia del órgano legislativo al que pertenece el demandado se realiza mediante el sistema y procedimiento electoral común y legalmente establecido por la Constitución Política y las leyes respectivas y no mediante métodos o procedimientos individuales y exclusivos de las diferentes comunidades indígenas.

Así, todo el andamiaje normativo e institucional expedido por el Estado colombiano soporta y legitima el sistema electoral en sus diferentes manifestaciones. En todo caso, en la hipótesis que el señor Cipriano Moreno hubiere sido elegido en la circunscripción indígena, también estaría sometido a las reglas y procedimientos generales gobernados por el sistema electoral nacional y no por los excepcionales trámites de escogencia de las autoridades indígenas propias.

En efecto, si bien como antes se advirtió, la circunscripción especial indígena es una forma de discriminación positiva para proteger y salvaguardar la identidad cultural y étnica de las minorías indígenas y para lograr una representación de sus particulares intereses en el Congreso de la República, su forma de elección y los procedimientos y normas aplicables no son una manifestación propia de su cultura o costumbres sino que se trata de un trámite sometido a las reglas comunes y generales del sistema electoral colombiano.

Por otra parte, no existe hesitación alguna sobre que, como quedó establecido, la naturaleza del proceso electoral implica el enjuiciamiento de un acto administrativo, configurado por la autoridad electoral previo el agotamiento del procedimiento respectivo, al realizar el escrutinio de los sufragios depositados por los electores en desarrollo de un certamen democrático electivo, manifestación de voluntad estatal cuyo control, conforme con la tradición jurídica continental y el ordenamiento positivo nacional, corresponde única y exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 238 C.P. y 104 de la Ley 1437 de 2011- CPACA). Ello significa que, la atribución del control sobre los actos administrativos, en este caso de naturaleza electoral, es monopolio exclusivo de

esta jurisdicción y no puede ser trasladada a esa jurisdicción especial.

En gracia de discusión, así esté involucrado uno de los criterios de conocimiento (que el elegido pertenezca a una comunidad indígena), de los varios que se requieren como son el territorio, las autoridades legítimamente constituidas y que existan procedimientos y mecanismos de solución tradicionalmente aceptados, el control sobre los "actos administrativos" corresponde siempre al juez contencioso. Por las anteriores razones, este Despacho considera que la jurisdicción natural y legalmente establecida para conocer y enjuiciar los actos administrativos que declaran una elección o nombramiento es la jurisdicción de lo contencioso administrativa y concretamente, en el caso que nos ocupa, será el Consejo de Estado el encargado de resolver el litigio instaurado por el señor Ciro Alberto Vargas Silva en virtud de la adscripción competencial legal establecida en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA Sin embargo, atendiendo el conflicto planteado, y con fundamento en el numeral 6 del artículo 256 de la Constitución Política y en el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se determinará remitir las diligencias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirima el conflicto de jurisdicción presentado, reafirmando desde luego la competencia de esta Corporación, decisión que se comunicará a los jueces indígenas.

Fuente Formal: Constitución Política - artículo 256 numeral 6/ Ley 270 de 1996 artículo 112 numeral 2

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00030-00

Actor: Ciro Alberto Vargas Silva

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Guainía

Procede el Despacho a pronunciarse sobre el contenido de la petición elevada por el señor LUIS HERNANDO CABRAL SANDOVAL facultado por las "Autoridades tradicionales de la Comunidad Indígena del Resguardo Puinave y Piapoco", en la que se adjuntó el memorial suscrito por los señores Luis Antonio López Flórez, Cacique, Curaca y Juez Indígena del Pueblo Puinave del "Resguardo El Paujil" y por Wilson Sandoval, Curaca, Cacique Integrante del Consejo Indígena "Resguardo El Paujil", en el que consideran:

"Que en el mes de abril se conoció por parte de los jueces indígenas la apertura de investigación en

contra de Curaca, Cacique Mayor el indígena ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO hoy representante a la Cámara por el departamento del Guainía.

Que según el mandato dictado por los Consejeros Mayores del Cabildo Indígena del Resguardo El Paujil El Curaca, Cacique Mayor el indígena ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO contaba con el aval previo de los Consejeros Mayores para todos y cada uno de los actos de la campaña y por lo tanto se cumplió el mandato y nuestro candidato debió cumplir y acatar este mandato impartido por parte de los Consejeros y además la sede se mantuvo en el mismo Resguardo Indígena El Paujil, partiendo de una jurisdicción especial indígena según las normas vigentes y jurisprudencias a favor de los pueblos indígenas en Colombia y los votos obtenidos fueron netamente de los indígenas representando una lucha y unidad del pueblo indígena para que el Cacique Mayor el indígena ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO llegara a representarnos ante el Congreso de la República de Colombia.

Por tal motivo el Consejo de Indígenas que representan los Jueces Supremos Indígenas emiten el concepto en primera instancia, investigar y sancionar penalmente, civilmente, disciplinariamente según nuestros normas y procedimientos propios indígenas, partiendo desde la constitucionalidad con el Derecho Mayor y ley de origen.

Esta Sala del Consejo de Indígenas solicita el conflicto de competencia ante el Consejo de Estado Sección 5 para ser investigado y conocer administrativamente los hechos y procesos que se adelante en contra del Cacique Mayor ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO hoy congresista por el departamento de Guainía a la Justicia Indígena Jurisdicción Especial Indígena ya que es un derecho constitucional y se debe cumplir y además esta Sala del Consejo de Indígenas desconoce la ley penal, administrativa, civil y disciplinaria frente a la demanda instaurada por demandante - **el proceso de nulidad electoral se solicita al Consejo de Estado Sección 5 el conflicto de competencia y se traslade el proceso a la Jurisdicción Especial Indígena materia de investigación nulidad de proceso electoral en contra del Cacique Mayor ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO hoy congresista**". (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Siendo claro de tal contenido que los Jueces Indígenas consideran que la competencia para conocer de la presente acción de nulidad electoral instaurada por el señor Ciro Alberto Vargas Silva en contra del acto de elección del señor Édgar Alexander Cipriano Moreno, Representante a la Cámara por el Departamento del Guainía, les asiste a ellos y no a la Sección Quinta del Consejo de Estado donde actualmente se tramita, proponen a esta **conflicto de competencia**.

I. Sobre el conflicto de competencias

La arquitectura constitucional de las funciones del Estado diseñada en 1991 y reformada por el Acto Legislativo 03 de 2002 retomó parcialmente la tradicional tridivisión de poderes y concretamente respecto a la función judicial determinó de manera general quienes podían administrar justicia así:

“Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Posteriormente la Carta Política en su título VIII, “*de la Rama Judicial*”, desarrolla la función a través de la distribución en las jurisdicciones ordinaria, contencioso-administrativa, constitucional y las denominadas especiales, contando dentro de estas últimas con la indígena (art. 246 C.P.). Sin embargo la Corte Constitucional ha manifestado que el texto se queda corto al decir que “... *pueden ser entendidas como jurisdicciones, en sentido lato: la ordinaria, la contencioso-administrativa, la constitucional, la especial (la de indígenas y jueces de paz), la coactiva y la penal militar, sin ser esta una enumeración excluyente...*”¹.

Pues bien, de la normativa constitucional en cita se establece que la jurisdicción es una función pública realizada por los órganos competentes, que confirma la soberanía del Estado para administrar justicia dentro del territorio nacional. Es, en otras palabras, “... *la potestad que tiene el Estado para aplicar el Derecho y decidir de manera definitiva los conflictos de intereses*”².

El poder estatal de decidir los conflictos, es único e indivisible y si bien el Constituyente estableció varias jurisdicciones, lo cierto es que lo hace en virtud de la especialidad de los asuntos para efectos de garantizar la efectiva prestación del servicio público.

Por otra parte, la competencia se relaciona con la distribución de los asuntos atribuidos a los jueces de una misma

especialidad. En otras palabras, es la capacidad tanto funcional como territorial que el Estado otorga a determinados funcionarios para ejercer la jurisdicción. Tal reparto se organiza en seguimiento de las normas procesales, en observancia de los factores competenciales atendiendo a los criterios objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión.

Conforme a lo anterior, quienes administran justicia tienen estrictamente atribuido el conocimiento de los asuntos de acuerdo a los diferentes factores enunciados, aunque pueden presentarse eventos en que diferentes jueces tienen la convicción de que les corresponde conocer de determinado proceso o, por el contrario no se consideran competentes para tramitar el asunto. Surge así el denominado **conflicto de competencia**, que bien puede suscitarse también frente a autoridades de diferente especialidad o jurisdicción. La solución frente a semejante aporía varía dependiendo de las autoridades que intervengan en el asunto. Por el carácter jerarquizado de la Rama Judicial, de modo general se considera que la controversia al interior de la misma jurisdicción la resuelve el órgano superior que sea parte del conflicto, o, en caso de tratarse de dos juzgados o tribunales del mismo rango, su superior común. Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando el conflicto se origina entre diferentes jurisdicciones, caso en el cual la colisión deberá ser resuelta por un órgano jurisdiccional diferente al que pertenezcan las autoridades enfrentadas.

Por ello es que, el artículo 256 de la Constitución Política establece:

“Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

(...)

Y la Ley 270 de 1996, en su artículo 112, numeral 2º indica:

“FUNCIONES DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

(...)

2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre estas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta ley y entre los consejos seccionales o entre dos salas de un mismo consejo seccional.

1 Sentencia C-807 de 2009.

2 Sentencia C-057-01.

(...)

Lo anterior significa que ante controversias competenciales entre autoridades judiciales de diferentes jurisdicciones, será la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el órgano judicial constitucionalmente facultado para dirimir el conflicto. Ahora bien, en lo que respecta al trámite y procedimiento del planteamiento del conflicto, merece la pena traer a colación la regulación del fenómeno en materia penal, en vigencia de la Ley 600 de 2000, antes de la expedición de la Ley 906 de 2004, donde existía la denominada colisión de competencias, cuya definición y trámite se establecía en los artículos 93 y siguientes³.

En lo que atañe a las demás jurisdicciones, a diferencia de la penal en vigencia de la primera norma citada, las disposiciones que regulan los conflictos de competencia contemplan únicamente la colisión negativa y no aquella que surge cuando dos o más funcionarios judiciales consideran que les corresponde adelantar la actuación. Ese es el caso de la jurisdicción civil ordinaria, donde los conflictos de competencia deben ser tramitados bajo el contenido dispuesto en el artículo 139 de la Ley 1564 de 2012 “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”⁴.

³ Artículo 93. Concepto. Hay colisión de competencias cuando dos o más funcionarios judiciales consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar la actuación, o cuando se niegan a conocerla por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos.

También procede cuando tratándose de delitos conexos, se adelanten varias actuaciones procesales de manera simultánea.

Artículo 94. Improcedencia. No puede haber colisión de competencias entre un superior y un inferior, ni entre funcionarios judiciales de igual categoría que tengan la misma competencia, salvo las excepciones de ley.

Artículo 95. Procedimiento. La colisión puede ser provocada de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, cuando existan razones serias y así lo indique el acervo probatorio.

El funcionario judicial que la proponga se dirigirá al otro exponiendo los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto. Si éste no lo aceptare, contestará dando la razón de su renuencia, y en tal caso dará cuenta al funcionario judicial competente, para que dentro de los tres (3) días siguientes decida de plano la colisión.

Artículo 96. Cómo se promueve. Cualquiera de los sujetos procesales puede suscitar la colisión de competencias por medio de memorial dirigido al funcionario judicial que esté conociendo de la actuación procesal o al que considere competente para dicho conocimiento. Si el funcionario judicial ante quien se formula la solicitud la hallare fundada, provocará la colisión de competencias.

Artículo 97. Efectos. Provocada la colisión no se suspenderá la actuación procesal, salvo que se encuentre en la etapa de juzgamiento, pero las nulidades a que hubiere lugar sólo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia. Mientras se dirime la colisión, lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el funcionario judicial que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión.

En todo caso no se podrá proferir sentencia hasta que se haya dirimido el conflicto.

Artículo 98. Conflicto por reparto. Cuando se suscite conflicto por razón del reparto de una actuación procesal, será resuelto por el funcionario que esté de reparto o por el respectivo jefe de unidad, director Seccional o el Director Nacional de Fiscalías”.

⁴ “Artículo 139. Trámite. Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso.

El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo

De otro lado, la resolución del conflicto cuando se origina entre diferentes jurisdicciones tiene un trato diferente al previsto para autoridades de la misma jurisdicción. Al respecto se encuentra que el Código Contencioso Administrativo establecía en su artículo 216, la formulación del conflicto de jurisdicción en los siguientes términos:

“CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN. Los conflictos entre la jurisdicción en lo contencioso administrativo y la ordinaria no se suscitarán de oficio, podrán proponerse ante el juez o tribunal que esté conociendo del asunto, o ante el que a juicio del peticionario sea el competente y serán tramitados y decididos por el Tribunal Disciplinario.

Si el conflicto se propone ante el juez o magistrado que está conociendo del proceso y este declara su falta de competencia, ordenará remitirlo al que estime competente, mediante auto contra el cual no procederá recurso alguno. Si el juez o magistrado que reciba el expediente se declara a su vez sin competencia, solicitará que el conflicto se decida por el tribunal disciplinario, al que enviará la actuación.

Si el conflicto se propone ante el otro juez o magistrado, y este se declara competente, solicitará a quien lo esté conociendo el envío del proceso. Si este insiste, lo comunicará así al primero y enviará la actuación al Tribunal disciplinario para que decida el conflicto”.

Como se advierte, la normativa atribuía no solo el conocimiento y resolución del conflicto de competencias entre jurisdicciones, asignado al otrora Tribunal Disciplinario (cuyas funciones hoy en día son desempeñadas por el Consejo Superior de la Judicatura); sino que además contemplaba el trámite que se debe seguir para trabar el conflicto.

Por ello es que, el Consejo Superior de la Judicatura al decidir los conflictos de competencia que se han formulado entre jurisdicciones, ha establecido, de manera similar a como lo enunciaba el artículo 216 del C. C. A. ya citado, que el planteamiento del conflicto de jurisdicciones tiene ciertos presupuestos, los cuales ha enunciado de la siguiente manera⁵:

“(…) se tiene que el conflicto se presenta cuando dos o más funcionarios investidos de competencia,

y funcional.

El juez que reciba el expediente no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales.

El juez o tribunal al que corresponda, resolverá de plano el conflicto y en el mismo auto ordenará remitir el expediente al juez que deba tramitar el proceso. Dicho auto no admite recursos.

Cuando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez, deberá resolverlo el superior de la autoridad judicial desplazada.

La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces”.

⁵ Providencia del 7 de mayo de 2014, proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Magistrado Ponente: Angelino Lizcano Rivera. Radicación No. 110010102000201400563 00.

bien porque ambos funcionarios estiman que es de su conocimiento, caso en el cual será positivo; o por considerar que no le corresponde, evento en el cual será negativo, y para que este se estructure o proceda es necesario que se presenten los siguientes presupuestos:

- a.- Que el funcionario judicial se le haya asignado o esté tramitando determinado proceso.
- b.- Que surja disputa entre el funcionario que conoce el caso y otro u otros acerca de quién debe conocerlo, y
- c.- Que el asunto se encuentre en trámite, es decir que no se haya proferido fallo definitivo. (...)

En el caso examinado, en virtud del escrito visible a folios 306 y 307 suscrito por las autoridades judiciales del **RESGUARDO INDÍGENA PUINAVE Y PIAPOCO PAUJIL**, se suscita un **conflicto de competencias** entre la jurisdicción indígena y la contencioso-administrativa, al manifestar que el proceso con el radicado de la referencia debe ser asumido por tales autoridades especiales y a su turno este Despacho considera, como se expondrá más adelante, que el conocimiento de la demanda de nulidad electoral contra la elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Guainía del señor ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO corresponde al Consejo de Estado.

Sobre este tipo de controversia, la Corte Constitucional se ha ocupado en repetidas oportunidades⁶, llegando a la conclusión de que siempre es obligación del juez a quien se le presente el asunto, remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura para que lo dirima, conforme a sus facultades constitucionales y legales.

Así las cosas, por las razones anteriores, en la parte resolutive de la presente providencia, se resolverá remitir el conflicto suscitado por las autoridades indígenas al Consejo Superior de la Judicatura.

II. La Jurisdicción Indígena

Para comenzar, merece la pena mencionar que, la atribución de competencia jurisdiccional a las comunidades indígenas de forma autónoma y diferenciada no es un fenómeno que aparece con la Constitución de 1991, sino que se remonta a la época de la conquista española⁷.

Posteriormente en el siglo XIX, la **Ley 89 de 1890** “*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*”, se reconoció de forma incipiente la posibilidad de una jurisdicción propia al establecer en su artículo 5º:

“Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto”.

⁶ Ver entre otras sentencias la T-009 de 2007 y la T-002 de 2012.

⁷ Ver el juicioso estudio del profesor Boaventura de Sousa S., “El Caleidoscopio de las justicias en Colombia”, Tomo II, La Justicia Multicultural, Ed. Siglo del Hombre, 2001.

Este precepto fue un gran avance para lograr el reconocimiento a favor de las comunidades indígenas de su derecho a impartir justicia a sus integrantes, norma que un siglo después fue **declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-139 de 1996** por considerar que los límites impuestos con relación a la autoridad competente (gobernador del cabildo) y el contenido de la sanción (uno o dos días de arresto) contradicen la Constitución de 1991 pues dicha norma “...desconoce la garantía amplia establecida por el constituyente en favor de la diversidad étnica y cultural en materia de administración de justicia. Por otra parte, la restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, comoquiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos...”.

En el cambio constitucional de comienzos de la década de los noventa adelantado por los assembleístas en confluencia de la mayoría de fuerzas y segmentos representativos de nuestra sociedad, se da un primer paso al reconocimiento y participación de la diversidad étnica nacional, al convocar como integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente a tres miembros de las comunidades indígenas para que hicieran parte de sus deliberaciones y decisiones en el nuevo modelo y arquitectura del Estado colombiano.

Finalmente, luego de extensos debates, en el cuerpo normativo de la Carta Política quedaron consagradas disposiciones que reconocen y protegen abierta y contundentemente la pluralidad étnica y cultural⁸, siendo algunos de sus principios cardinales la autonomía y el autogobierno, y como manifestación específica de ellos, la facultad de administrar justicia en los precisos términos consagrados en la Carta Política, con fundamento en sus particulares usos, costumbres y tradiciones⁹, advirtiendo el propio texto que es imprescindible una articulación con el sistema judicial nacional, sin que ello implique una postergación de la competencia para su ejercicio inmediato¹⁰. Hoy en día el precepto constitucional dispone:

“Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas, podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

⁸ Sobre este punto la Corte Constitucional en sentencia C-193 de 1996 afirmó el “...reconocimiento expreso de la diversidad étnica y cultural y a su protección efectiva mediante la creación de una jurisdicción especial indígena. En efecto, el artículo 1 de la Carta consagra el pluralismo como uno de los pilares axiológicos del Estado Social de derecho colombiano, mientras que el artículo 7 afirma que ‘el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’”.

⁹ Sobre tal atribución, se puede consultar la ponencia sobre los “Derechos de los Grupos Étnicos”, presentada por el Constituyente indígena Francisco Rojas Berry, Gaceta Constitucional No. 67, mayo de 1991.

¹⁰ Sentencia Corte Constitucional, T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su parte, en lo referente al desarrollo legislativo de la jurisdicción indígena se debe precisar que a la fecha solamente la Ley 270 de 1996, en su artículo 12, indica lo siguiente:

"(...)

Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción".

Conviene recordar que en diferentes oportunidades el Congreso de la República ha intentado, de manera infructuosa, regular el ejercicio de la jurisdicción indígena mediante los proyectos de ley estatutaria Nos. 003 de 2000 Cámara, 029 de 2001 Cámara y 035 de 2003 Senado, los cuales han sido archivados, en algunos casos sin siquiera haber sido debatidos. Por lo tanto, hasta la fecha no existe un marco legal preciso respecto de la jurisdicción indígena y su desarrollo ha sido por elaboración jurisprudencial.

Por otro lado, en el panorama internacional existen disposiciones que propenden por la protección de los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y por su no discriminación como el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (ART. 27), EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (ART. 13), LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ART. 1), Y EL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA (literal j) del Art. 8), entre otros. Concretamente en lo tocante a la jurisdicción especial indígena, la que se ha pronunciado de manera específica es el CONVENIO 169 de la OIT suscrito en el año 1989 "*Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*" y aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991 al disponer en su artículo 8:

"1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes".

Y las siguientes disposiciones establecen:

"Artículo 9. (...)

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".

Artículo 10. (...)

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".

De igual forma, la DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS aprobada por la Asamblea General en septiembre del 2007 y a la cual adhirió Colombia en el año 2009 dispone:

"Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, **así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones**".

Así pues, la diversidad étnica y cultural consagrada en la Carta Política y en los Convenios y declaraciones internacionales impone la obligación al Estado colombiano de reconocer y proteger las diferentes comunidades indígenas del país, identificadas de forma particular con sus tradiciones, usos y costumbres propias y distintas entre sí que aseguren su subsistencia e integridad dentro de la sociedad occidental colombiana, diversidad que se manifiesta en la autonomía de los pueblos indígenas concretada a su vez en una jurisdicción especial.

Ahora bien, el principio de autonomía y dentro de este la posibilidad de ejercer una jurisdicción especial, como expresión de los postulados constitucionales de diversidad étnica y cultural, desafortunadamente como se afirmó anteriormente, no ha tenido el debido desarrollo legal y doctrinal, teniendo que entrar la jurisprudencia de la Corte Constitucional a solventar los vacíos conceptuales y finalmente a resolver de forma individual los diferentes conflictos suscitados en esta materia.

Así, el alto Tribunal se ha movido entre el reconocimiento de una autonomía restringida¹¹ y una independencia ampliada¹², pero teniendo como sustrato unas reglas de interpretación claras a efectos de resolver las diferencias conceptuales y valorativas que se presentan en ejercicio de la jurisdicción especial: *A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; las normas legales imperativas (de orden público) de la República, priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural; y, los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas*¹³.

Por otra parte, ya desde el año 1996, la Corte Constitucional¹⁴ determinó los elementos claves para identificar la Jurisdicción Especial Indígena a saber: *i)* la existencia de autoridades indígenas propias de acuerdo a la estructura de cada grupo étnico; *ii)* el ámbito territorial de actuación de las mencionadas autoridades (territorios, reservas, resguardos, etc.), *iii)* normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos¹⁵ (segmentario, de autoridades comunales permanentes, religiosos, de compensación); y, *iv)* competencia y fuero indígena¹⁶ (personal o geográfico).

Así las cosas, no cabe duda que las comunidades indígenas tienen derecho a que, algunas de sus controversias sean resueltas con carácter de cosa juzgada judicial pero única y exclusivamente bajo las estrictas directrices que consagra el artículo 246 de la Carta y previa observancia de los rigurosos criterios de conocimiento desarrollados por la Corte Constitucional a saber: *i)* que se trate de conflictos suscitados en el territorio indígena, *ii)* que involucre un sujeto de la comunidad, *iii)* que las autoridades indígenas estén legítimamente constituidas y *iv)* que la solución al conflicto se surta dentro de los mecanismos y procedimientos tradicionalmente aceptados y acogidos por la comunidad.

Adicionalmente el Constitucional ha manifestado que al resolver las desavenencias, estas autoridades propias siempre deben conservar el núcleo duro de los derechos reconocidos a todos los seres humanos, como son el respecto a la vida, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, degradantes e

inhumanos; y, el debido proceso, que en últimas son principios de mayor importancia que la diversidad étnica y cultural¹⁷.

En otras oportunidades, la misma Corporación a efectos de determinar un criterio de aplicación de la jurisdicción especial, ha definido el fuero indígena como aquel del que *“gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad (...)”*¹⁸. Y en pronunciamiento posterior agregó que su finalidad es:

“(…) proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa”.¹⁹

En últimas, la jurisdicción indígena como organización jurídicamente articulada y reconocida por el Estado colombiano, es un derecho autónomo y colectivo de las comunidades, que entraña la posibilidad de resolver, conforme a sus normas, procedimientos y autoridades los delitos y conflictos que se presenten en territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de esta (criterio personal)²⁰.

En otra perspectiva, de acuerdo a la naturaleza de los asuntos de los que conoce la jurisdicción indígena, es decir bajo un criterio objetivo, las comunidades étnicas pueden conocer excepcionalmente de controversias que involucren el derecho propio²¹ de cada comunidad, inclusive en asuntos aparentemente propios del sistema jurídico nacional como litigios laborales²² o civiles²³, pero evidentemente bajo los estrictos límites que impone el artículo 246 constitucional, es decir dentro de un ámbito territorial de la comunidad indígena, aplicando sus normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

Finalmente, en punto a las normas y procedimientos propios de la comunidad indígena, el Tribunal Constitucional ha concluido que deben identificarse en cada colectividad que asuma la facultad resolutoria, los usos, costumbres y trámites tradicionales a partir de los cuales sea posible encontrar expresión de poder coercitivo por parte de las autoridades tradicionales y un concepto genérico de nocividad social, apoyado en un origen histórico y consuetudinario que asemeje

11 Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional la T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la C-139 de 1996, M. P. Ciro Angarita Barón y la T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

12 Ver sentencias de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-523 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz, SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-1127 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

13 T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

15 C-139 de 1996.

16 Sobre este punto ver sentencias de la Corte Constitucional T-344 de 1998 M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-667 A de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell, T-266 de 1998 M. P. Carlos Gaviria Díaz, T-606 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-728 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

17 Sentencias T-001 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao y C-463 de 2014, M. P. María Victoria Calle.

18 T-728 de 2000.

19 Sentencia T-617 de 2010.

20 T-349 de 1996.

21 T-945 de 2007.

22 Mediante Auto de 6 de diciembre de 1991 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió un conflicto de jurisdicción asignándole a la laboral una causa de un trabajador de un taller de confecciones de propiedad de una pareja indígena en una empresa que se encontraba dentro de un resguardo.

23 T-606 de 2001.

de alguna manera al principio de legalidad propio del sistema jurídico nacional predecible y genérico que de seguridad a sus destinatarios.

A su turno, en una controversia resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana al hacer su intervención afirmó que, en el derecho interamericano se requiere la protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población, siendo viable contemplar medidas especiales de protección que garanticen su supervivencia física y cultural y su participación efectiva en las decisiones que les afectan²⁴.

III. La jurisdicción contencioso administrativa

El triunfo de las revoluciones liberales, consistió en últimas en estructurar dentro del estado de derecho unos rigurosos controles al ejercicio del poder, sin importar quien lo detente. Efectivamente en desarrollo de lo anterior, surge en el seno de la jurisdicción un criterio especializado para conocer y enjuiciar las actuaciones de la administración pública, siendo una manifestación de ellas, los denominados “Actos Administrativos”. Tal forma de manifestación de la autoridad, tan decantada hoy en día, comporta la configuración de unos elementos identificadores propios, ineludibles y exclusivos de las autoridades administrativas estatales y que por tal naturaleza corresponde su control excluyentemente a los jueces especializados (contencioso-administrativos).

La Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyo Tribunal Supremo es el Consejo de Estado, en la estructura Constitucional del Estado colombiano, tiene la competencia para garantizar la supremacía del orden jurídico y la defensa de los derechos e intereses generales y particulares que hayan podido ser conculcados en la actividad de la administración, para tal fin en la misma Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011 se señalan los medios de control de legalidad de los actos administrativos por la vía jurisdiccional, entre los que se encuentra la acción contenciosa electoral²⁵.

El artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) establece la **nulidad electoral** como la acción que se ejerce con el fin de revisar la **legalidad de los actos** de nombramiento, de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas y **de elección** (por voto popular o por cuerpos electorales), dentro de los cuales se encuentra la escogencia de Congresistas que representan al pueblo en circunscripciones nacional, territorial o especial (afrodescendientes, indígenas e internacional) y son elegidos directamente por voto popular²⁶ de conformidad con el proceso eleccionario establecido en la Constitución y en la ley.

²⁴ Sentencia de 23 de junio de 2005, Caso Yatama vs. Nicaragua, fundamento número 178 literal c).

²⁵ Art. 237. Constitución Política. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...)7. Adicionado por el artículo 8 del Acto Legislativo de 2009. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las normas de competencia establecidas en la ley.

²⁶ Art. 133. De la Constitución Política. Modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2009. Y art. 260 de la Constitución Política de 1991.

Este medio de control de naturaleza pública requiere ser fundado en las causales de nulidad genéricas establecidas en el artículo 137²⁷ del CPACA o en las específicas señaladas en la disposición 275 ídem, que incluyen situaciones relacionadas con irregularidades en el proceso de elección, ausencia de requisitos y calidades, o, incursión de los elegidos o nombrados en las inhabilidades consagradas en las leyes o en la Constitución.

El mismo Código establece para la acción de nulidad electoral, en el título VIII, un procedimiento especial cuyo objeto es determinar a la mayor brevedad la legalidad o no de los actos de elección, nombramiento o llamamiento, con un trámite más célere que el consagrado en el procedimiento ordinario de nulidad.

i) La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

De conformidad con los artículos 149 y 150 del CPACA es competencia del Consejo de Estado conocer en única y segunda instancia de los siguientes asuntos:

“El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...) 3. **De la nulidad del acto de elección** del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los **Representantes a la Cámara**, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”.

Y de conformidad con el artículo 109 del CPACA que otorga como atribución de la Sala Plena de la Corporación darse su propio Reglamento²⁸, es competencia de la Sección Quinta, conocer específicamente de los siguientes asuntos:

(...) 3. **Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos.**

Es así, como la Sección Quinta del Consejo de Estado conoce en única instancia de los procesos de nulidad contra los actos de elección de todos los Senadores y Representantes a la

²⁷ Art. 137. (...) Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)

²⁸ Art. 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999, modificado por el acuerdo 55 de 2003, artículo 1°.

Cámara, lo cual incluye a los elegidos por la Circunscripciones Especiales (comunidades indígenas en el Senado y grupos étnicos afrodescendientes, indígenas y Circunscripción Internacional en la Cámara de Representantes²⁹).

ii) Las etapas del proceso electoral

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala como etapas del proceso administrativo: i) la primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial ii) la segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas y, iii) la tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia.

En lo referente al proceso electoral, el Título VIII de la misma normativa señala el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral, en el que establece las mismas etapas indicadas para el proceso ordinario, con diferencias en el trámite de la demanda en caso de que se haya pedido la suspensión provisional (que se resuelve en el mismo auto admisorio y sin necesidad de caución), en los términos procesales, las formas de practicar la notificación, en la procedencia de recursos, entre otras.

IV. Circunscripciones Electorales para Congreso de la República

El Congreso de la República está integrado por dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Representantes, lo que responde al modelo de representación política bicameral consagrado por la Constitución Política de 1991. La primera compuesta por ciento dos (102) miembros, de los cuales cien (100) se escogen por la circunscripción nacional y dos (2) por la especial de las comunidades indígenas; y la segunda, por ciento sesenta y seis (166) miembros, ciento sesenta y uno (161) elegidos por la circunscripción territorial y cinco (5) a través de circunscripciones especiales así: dos (2) en representación de las comunidades afrodescendientes, uno (1) para los indígenas y dos (2) en representación de los ciudadanos residentes en el exterior³⁰.

Este método de composición electoral permite ampliar el espectro de participación democrática en el órgano legislativo pues abre paso a la representación regional y de las mayorías étnicas y políticas, lo que no obsta para que los Congresistas, independientemente de la circunscripción que le dio origen a su mandato, **cumplan sus funciones en defensa de los intereses del pueblo en general**, como lo ordena el artículo 133 Constitucional al establecer que **“los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común (...) El elegido es responsable políticamente ante**

la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de la investidura”. Lo anterior significa que en Colombia existe un sistema mixto para la elección de los miembros del Congreso de la República que responde a las circunscripciones **nacional, territorial y especial**, atendiendo cada una de ellas a un criterio de representatividad diferente.

Respecto a la **circunscripción nacional** tenemos que para la elección de los Senadores de la República el territorio colombiano constituye una circunscripción electoral y por lo mismo todos los ciudadanos del país gozan de la posibilidad de participar en la elección de dichos miembros sin observar restricciones espaciales, geográficas o de representatividad grupal, étnica o cultural. Con esto se busca precisamente la representación de las mayorías. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho que esta circunscripción fue *“(...) creada y organizada, no en función de un territorio determinado, sino de ciertos grupos sociales cuya participación se busca fomentar, y que se encuentran distribuidos por todo el país (...). La cualificación de nacional, conlleva también que esta circunscripción se encuentra abierta a la participación de todo el electorado; es decir, que cualquier colombiano, pertenezca o no a alguno de los cuatro grupos que contempla la norma, puede votar por los candidatos que se postulen a través de ella...”*³¹.

De igual manera, para la elección de los Representantes a la Cámara, las **circunscripciones territoriales** están constituidas por cada departamento y por el Distrito Capital de Bogotá cada uno de las cuales tiene derecho a elegir dos (2) Representantes y uno más en razón a su población según lo dispone el artículo 176 Constitucional. En esta circunscripción, a diferencia de la anterior, solo se encuentran habilitados para votar los ciudadanos que residan en el respectivo departamento pues lo que se busca precisamente es que el elegido conozca las necesidades de su región y, además de buscar el interés general, gestione intereses propios de ese ámbito geográfico.

Por su parte, las **circunscripciones especiales** constituyen un ejemplo de la discriminación electoral positiva, entendida como la atribución *“a determinadas categorías sociales [de] una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos”*³² en la medida en que fueron concebidas con el objeto de asegurar la participación de los grupos minoritarios en la adopción de las decisiones que les concierne e interesa. Dentro de estas existen las circunscripciones étnicas de **indígenas** y negritudes, y la internacional.

En lo que respecta a la **circunscripción indígena**, en la Asamblea Nacional Constituyente se consideró:

“La otra deficiencia del sistema de composición del órgano legislativo que debe ser solucionada es la relativa a la representación de los componentes minoritarios de la nacionalidad, es decir, a las **comunidades indígenas**.”

29 Art. 176 de la Constitución Política. Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2013.

30 Acto legislativo 01 del 15 de julio de 2013.

31 Sentencia C-169 de 2000 por medio de la cual la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del proyecto de ley 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia” y que se convirtió en la Ley 649 de 2001.

32 Sentencia C- 169 de 2001.

(...)

Resulta claro pues, que al conjunto de las distintas comunidades indígenas debe reservarse un número de curules, destacadas de las restantes mediante asignación de una circunscripción especial, con el fin de dar por su medio expresión política constante a un elemento de la Nación conformado por la pluralidad étnica...³³(Negrillas fuera de texto).

Es por esto que en el texto constitucional de 1991 se incluyeron disposiciones que protegían la discriminación positiva, reservando a estas minorías la existencia de tres (3) escaños en el órgano legislativo: dos (2) para Senado y uno (1) para Cámara de Representantes, pues *“la efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales. El congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica”*³⁴.

Así, los artículos 171 y 176 constitucional referidos a las circunscripciones especiales han sido considerados como las normas jurídicas de mayor relevancia frente a la materialización del reconocimiento de la diversidad étnica en el país, pues fue con estas que se logró integrar a estas comunidades a la dinámica política del país, cambiando el panorama constitucional existente, al hacerlas más visibles, otorgándoles poder decisorio y participación en la formación legislativa.

Al referirse a las mencionadas disposiciones la Corte Constitucional sostuvo que ellas *“se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales. Este estatuto se inscribe en un contexto en el que la propia Constitución establece, en el ámbito del Congreso de la República, una excepción etnocultural a la regla general de circunscripciones para corporaciones públicas”*³⁵.

De igual manera, y como una medida de protección a este grupo, se **exigió** en el artículo 171 de la Constitución Política y 2º de la Ley 649 de 2001 *“Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”* como requisito para ejercer el mandato constitucional en representación de estas comunidades, que el aspirante acredite o bien el ejercicio de un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o el haber liderado una organización indígena.

Dicha exigencia normativa se justifica en cuanto solo la

proximidad del elegido con la comunidad tiene la entidad suficiente para garantizar la verdadera representación y defensa de los intereses del pueblo indígena en la política, ya que cualquier ciudadano, perteneciente o no a esa comunidad, puede contribuir con su voto a la elección del Congresista, este sí ligado ineludiblemente al grupo étnico, para que represente las aspiraciones de ese grupo en particular. Es por esto que la efectiva materialización de esta representación debe ser analizada desde la perspectiva del elegido más no del elector, por cuanto no existe posibilidad de identificar individualmente al sufragante con el escogido.

Luego de lo expresado, queda clara la especial importancia que reviste para el sistema electoral colombiano la existencia de las circunscripciones especiales, en particular la indígena que constituye la materialización del principio contenido en el artículo 7º constitucional³⁶ sobre la diversidad étnica, pues solo a través de esta se asegura la verdadera existencia de una democracia participativa y representativa para esta minoría, máxime cuando *“[E]l congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica”*³⁷.

V. Del caso concreto

Visto lo anterior, resulta conveniente, advertir que el demandado ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO, fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción departamental de Guanía y no por la circunscripción especial indígena, conforme se corrobora en el formulario E-26 mediante el cual se declaró su elección con el aval del Partido Alianza Social Independiente. Lo anterior supone que la escogencia se hizo en el marco del sistema electoral nacional para representar al territorio geográfico del Guanía y no a las comunidades indígenas o grupos étnicos, que en gracia de discusión si así hubiera sido escogido, también le era aplicable el régimen electoral colombiano. Por otra parte vale la pena recordar que el cargo que ostenta el demandado CIPRIANO MOSQUERA, no obedece a una estructura u organización propia y exclusiva de los grupos indígenas con cosmogonías, visiones, tradiciones, usos o costumbres ancestrales propias de los diversos grupos étnicos y culturales, sino que corresponde al diseño institucional para el órgano legislativo colombiano que integra una estructura adoptada por el constituyente para la representación común de la mayoría de los colombianos.

Por ello, la escogencia del órgano legislativo al que pertenece el demandado se realiza mediante el sistema y procedimiento electoral común y legalmente establecido por la Constitución Política y las leyes respectivas y no mediante métodos o procedimientos individuales y exclusivos de las diferentes comunidades indígenas. Así, todo el andamiaje normativo e

33 Gaceta Constitucional N° 54, páginas 13 y 14.

34 Sentencia Corte Constitucional T-778 de 2005.

35 Sentencia C-702 de 2010.

36 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”

37 Sentencia T-778 de 2005.

institucional expedido por el Estado colombiano soporta y legitima el sistema electoral en sus diferentes manifestaciones. Asunto distinto es la designación de las autoridades propias, ajenas y exclusivas de las minorías en comento, realizadas bajo sus reglas tradicionales de usos y costumbres basadas en su particular forma de ver el universo y de asumir la existencia terrenal y extra terrenal y siempre que no haya vulneración a los derechos fundamentales tanto de los miembros de la comunidad indígena como del colectivo en general, pero en la eventualidad de que estas comunidades no ejerzan tal competencia, el ordenamiento que las regirá será el electoral ordinario sujeto al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En todo caso, en la hipótesis que el señor CIPRIANO MORENO hubiere sido elegido en la circunscripción indígena, **también estaría sometido a las reglas y procedimientos generales gobernados por el sistema electoral nacional** y no por los excepcionales trámites de escogencia de las autoridades indígenas propias. En efecto, si bien como antes se advirtió, la circunscripción especial indígena es una forma de discriminación positiva para proteger y salvaguardar la identidad cultural y étnica de las minorías indígenas y para lograr una representación de sus particulares intereses en el Congreso de la República, su forma de elección y los procedimientos y normas aplicables no son una manifestación propia de su cultura o costumbres sino que se trata de un trámite sometido a las reglas comunes y generales del sistema electoral colombiano.

Ahora, si bien las autoridades indígenas del “Resguardo El Paujil” afirman que otorgaron “aval” al en su momento candidato, ÉDGAR ALEXÁNDER CIPRIANO MORENO, tal respaldo no se realizó en los términos y alcances consagrados en el sistema electoral nacional establecido en los artículos 107, 108 y 109 de la Constitución Política y 10 de la Ley 1475 de 2011 - Estatutaria de los Partidos y Movimientos Políticos y 9 de la Ley 130 de 1994. Es decir, no se trata del aval a que se refieren las normas generales que regulan los procesos de elección de los Representantes a la Cámara, entre otros cargos, sino de un “apoyo” de orden social que carece de efectos jurídicos dentro de la contienda electoral, pues el “aval político” lo obtuvo del Partido Alianza Social Independiente.

Por otra parte, no existe hesitación alguna sobre que, como quedó establecido, la naturaleza del proceso electoral implica el enjuiciamiento de un acto administrativo, configurado por la autoridad electoral previo el agotamiento del procedimiento respectivo, al realizar el escrutinio de los sufragios depositados por los electores en desarrollo de un certamen democrático electivo, manifestación de voluntad estatal cuyo control, conforme con la tradición jurídica continental y el ordenamiento positivo nacional, corresponde única y exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 238 C. P. y 104 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA). Ello significa que,

la atribución del control sobre los actos administrativos, en este caso de naturaleza electoral, es monopolio exclusivo de esta jurisdicción y no puede ser trasladada a esa jurisdicción especial. En gracia de discusión, así esté involucrado uno de los criterios de conocimiento (que el elegido pertenezca a una comunidad indígena), de los varios que se requieren como son el territorio, las autoridades legítimamente constituidas y que existan procedimientos y mecanismos de solución tradicionalmente aceptados, el control sobre los “actos administrativos” corresponde siempre al juez contencioso.

Por las anteriores razones, este Despacho considera que la jurisdicción natural y legalmente establecida para conocer y enjuiciar los actos administrativos que declaran una elección o nombramiento es la jurisdicción de lo contencioso administrativa y concretamente, en el caso que nos ocupa, será el Consejo de Estado el encargado de resolver el litigio instaurado por el señor CIRO ALBERTO VARGAS SILVA en virtud de la adscripción competencial legal establecida en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA.

Sin embargo, atendiendo el conflicto planteado en el escrito obrante a folios 306 y 307 del expediente de la referencia, y con fundamento en el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política y en el numeral 2º del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se determinará remitir las diligencias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirima el conflicto de jurisdicción presentado, reafirmando desde luego la competencia de esta Corporación, decisión que se comunicará a los jueces indígenas.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

Primero. Plantear conflicto de jurisdicción ante el Consejo Superior de la Judicatura para que resuelva la competencia para conocer del proceso electoral No. 11001032800020140003000.

Segundo. Remitir copia del expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que adelante el trámite respectivo.

Tercero. Suspender todas las actuaciones relacionadas con el proceso electoral hasta tanto no se notifique la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto. Comunicar la presente decisión a los jueces indígenas del Resguardo El Paujil.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que dio por terminado el proceso por abandono / PUBLICACIÓN DE LOS AVISOS - Acreditación para que no se dé por terminado el proceso por abandono

El problema jurídico a determinar es si las publicaciones en prensa fueron acreditadas oportunamente o no, pues de ello depende si se confirma o no la decisión suplicada y, en forma más trascendente, si la actora perdió o no su oportunidad de discutir jurisdiccionalmente la controversia que plantea en la demanda. Visto el acervo probatorio del iter procesal es claro que la notificación personal al señor Agente del Ministerio Público se efectuó el 23 de septiembre de 2014 y, conforme con la previsión del literal f) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, los términos concedidos por el auto notificado, esto es, el admisorio de la demanda, comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso. De tal suerte que como la notificación al Ministerio Público debe darse personalmente, es esa fecha, el 23 de septiembre de 2014 el parámetro de inicio para el conteo de cualquiera de los términos que prevé el artículo 277 incluido los 20 días para la publicación del aviso. Es por ello que los tres (3) días siguientes a la notificación personal que prevé el literal f) de marras, corrieron los días miércoles 24, jueves 25 y viernes 26 de septiembre de 2014 y los veinte (20) días para acreditar la publicación en prensa comenzaron a correr al día hábil siguiente, esto es, el lunes 29 de septiembre, feneciendo este término el 28 de octubre de 2014. Considera la Sala que si bien el Despacho instructor del proceso hizo expresa y evidente mención a las consecuencias de que la actora incumpliera la carga procesal de la publicación del aviso en prensa, incurrió en error al considerar que el oficio de 19 de septiembre de 2014 contenía la notificación personal al Ministerio Público, cuando simplemente se trataba de una notificación por estado con el que la Secretaría de esta Sección informa la existencia de la providencia y del proceso de nulidad electoral, sin que tenga la virtud de suplir ni de considerarse la notificación personal. Ha de notarse que en el estado de 19 de septiembre no se advierte ni que sea notificación personal y menos que se le estén anexando los traslados como sí se advierte en la literatura del oficio de 23 de septiembre de 2014. Es más el aviso que se entrega a la parte actora para publicación en prensa, tan solo es expedido por la Secretaría el día de la notificación personal, esto es, el 23 de septiembre como puede constatarse a folio 476 y, por ende, a 19 de septiembre ni siquiera había sido elaborado. Por lo anterior, le asiste razón a la parte suplicante, toda vez que no se encuentra probado el supuesto fáctico que prevé la norma (literal g) del numeral 1º del art. 277 del CPACA) para considerar que la parte actora abandonó el proceso, en tanto sí acreditó en forma oportuna con destino al expediente y mediante conducta procesal material activa y eficaz que desplegó ante la Secretaría, las publicaciones en prensa del aviso y, en tal sentido se revocará el auto suplicado, a fin de que continúe el trámite correspondiente dentro de la acción de nulidad electoral de la referencia.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 1 literal g)

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00069-00(S)

Actor: Yuri Cristina Buelvas Silva

Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Bolívar

Procede la Sala a pronunciarse acerca del recurso de súplica interpuesto por la parte demandante en contra del auto de 16 de diciembre de 2014, mediante el cual el Consejero Ponente declaró terminado por abandono el proceso de nulidad electoral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Manifestando actuar en ejercicio de la acción de nulidad electoral (artículo 139 CPACA), la señora Yuri Cristina Buelvas Silva solicitó:

"1.- Que se declare que el acta E-26, del 30 de marzo de 2014, es nula por contener datos contrarios a la verdad.

2. Que como consecuencia se declare que no se declaró la elección de los representantes a la cámara por Bolívar; SIVIO JOSÉ CARRASQUILLA TORRES, por el partido Liberal Colombiano, PEDRITO TOMÁS PEREIRA CABALLERO, por el Partido Conservador colombiano, HERNANDO JOSÉ PADAÚÍ ÁLVAREZ, por el partido Cambio Radical, KAREN VIOLETTE CORCIONE, por el Partido Cambio Radical, ALFONSO JOSÉ DEL RÍO CABARCAS, por el Partido de la U, y MARTA CECILIA CURI OSORIO, por el Partido de la U.

3. Que consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene realizar los escrutinios-reconteo de votos, de los puestos, zonas, mesas determinadas en los anexos anexados" (fls. 5 a 6).

En el escrito de reforma que aún no ha sido objeto de pronunciamiento solicitó (fl. 543):

"EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Se adiciona y reforma de la siguiente manera: 3. Declarar la nulidad del acuerdo No. 002 de 2014 de mayo 30, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral se inhibió de conocer de fondo las solicitudes

presentadas a la comisión escrutadora departamental y demás asuntos sobre la materia y ordenó hacer entrega de las credenciales a los representantes a la Cámara, Silvio Carrasquilla.

4. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al Consejo Nacional Electoral, desatar el desacuerdo planteado por los delegados del Consejo Nacional Electoral ante la Comisión Escrutadora Departamental y resuelva de fondo los demás asuntos sobre la materia, contenidos en el acuerdo demandado”.

En síntesis, la demandante pretende que se declare la nulidad del acto declaratorio de la elección de los Representantes a la Cámara por el Departamento de Bolívar con fundamento en causales objetivas.

2. Por auto de 25 de julio de 2014, el Despacho ponente inadmitió la demanda (fls. 283 a 284) y la parte actora presentó memorial de corrección el 5 de agosto siguiente (fls. 313 a 348) y la demanda fue admitida por auto de 18 de septiembre de 2014 (fls. 462 a 468).

3. El 16 de diciembre de 2014, el Despacho ponente del Consejero Alberto Yepes Barreiro, entre otras decisiones, terminó por abandono el proceso de nulidad electoral, decisión que fue recurrida oportunamente en súplica por la parte actora (fls. 748 a 749) y dijo adicionarlo con escrito obrante a folios 754 a 755.

4. La providencia objeto de súplica fundamentó la decisión recurrida en que en el auto admisorio de la demanda se ordenó notificar por aviso a los Representantes a la Cámara electos, en la forma dispuesta en el literal d) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA y que se advirtió a la actora en los siguientes términos: “4. (...) tomará en cuenta que en caso de no acreditar la publicación del aviso en la forma y términos establecidos en el artículo 277 del CPACA, se terminará el proceso por abandono y se ordenará su archivo”. (fl. 467 vto).

Indicó que el 23 de septiembre de 2014, el Secretario de la Sección expidió el aviso respectivo (No. 2014-15, véase fl. 476), el cual fue retirado por la parte actora, el 10 de octubre de 2014, conforme se evidencia a folio 512. Aseveró que la notificación personal al Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado se llevó a cabo el 19 de septiembre de 2014, según obra en oficio No. 3387 folio 470.

Con base en lo anterior concluyó que la actora al tener la carga de aportar la publicación de los avisos por una vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, dentro de los 20 días siguientes a la notificación del auto admisorio al agente del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277 numeral 1º literal g), lo cual debió ocurrir a más tardar el 20 de octubre de 2014 “ya que la notificación al

colaborador fiscal tuvo lugar el 19 de septiembre del mismo año”, pero la parte actora notificó al proceso la publicación respectiva, con memorial que presentó el 21 de octubre de 2014, razón por la cual aplicó la consecuencia prevista por el artículo precitado de declarar terminado el proceso por abandono.

5. La actora recurrió en tiempo la decisión anterior en súplica, en memorial obrante a folios 748 a 749, para que se revoque la decisión, en aplicación de los principios y valores constitucionales propios del Estado Social de Derecho, prevalencia del derecho sustancial frente al formal y se ordene la continuación del proceso.

Argumentó que tomó como referencia para el conteo del término, el día 23 de septiembre de 2014, por cuanto fue la fecha en que se notificó al señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado y que la Sala debe tener en cuenta que las publicaciones surtieron su cometido por cuanto varios de los demandados contestaron la demanda y propusieron excepciones.

Además, desde el punto de vista del significado de la expresión abandono, tal situación, indicó, no ha acontecido porque ha desarrollado una conducta procesal proactiva y, además, al momento de declarar el abandono del proceso, la *litis* ya se había trabado con tres de los demandados.

II. CONSIDERACIONES

1. De la procedencia del recurso interpuesto

En el asunto en estudio se interpuso recurso de súplica contra el auto de 16 de diciembre de 2014 por medio del cual el Magistrado Ponente declaró terminado el proceso por abandono por no haber acreditado en tiempo las publicaciones en prensa de que trata el artículo 277 numeral 1º literal g) del CPACA.

Este recurso es procedente de conformidad con lo previsto por el artículo 246 del CPACA conforme al cual este medio de impugnación “*procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto*”; pues el auto que pone fin al proceso como en efecto lo es el que declara terminado el proceso por abandono, de conformidad con el numeral 3º del artículo 243 *ibidem* es susceptible de recurrirse en apelación. Esto armonizado con el artículo 125 *ibidem*, otorga la competencia a la Sala en los cuerpos colegiados al disponer que será del conocimiento de la Sala, Sección o Subsección el auto que resuelva el recurso de súplica con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

2. Estudio del recurso

Como dan cuenta los antecedentes, el asunto en estudio se originó en la demanda que presentó la señora Yuri Cristina

Buelvas Silva en contra del acto que declaró la elección de Representantes a la Cámara por el Departamento de Bolívar y que el recurso de súplica deviene de la decisión del ponente de dar por terminado el proceso por abandono, que fue proferida el 16 de diciembre de 2014.

El problema jurídico a determinar es si las publicaciones en prensa fueron acreditadas oportunamente o no, pues de ello depende si se confirma o no la decisión suplicada y, en forma más trascendente, si la actora perdió o no su oportunidad de discutir jurisdiccionalmente la controversia que plantea en la demanda.

Pues bien, la Sala procederá a auscultar el artículo 277 del CPACA el cual regula el contenido del auto admisorio de la demanda electoral.

Esta norma puede decirse es un tipo normativo dirigido a varios sujetos procesales, al estar compuesto de cargas de las partes, cargas del operador jurídico y cargas en la actividad secretarial. Esa mixtura de contenido y lo denso de su texto hace que merezca una lectura detenida que permita entender a la comunidad jurídica la especialidad del primer auto dentro de la acción electoral.

En efecto, lo primero que se advierte es que *ab initio* la demanda debe cumplir con los requisitos formales de lo contrario no nacerá el auto admisorio. Existiendo el auto admisorio, lo primero que surge es la **notificación personal** al designado (bien por elección o bien por nombramiento) que tendrá que cumplir sus propios requisitos dependiendo de la clase de designación (unipersonal o de corporación) o de la causal de nulidad electoral invocada (subjética u objetiva).

Pues bien, para el caso de las demandas de nulidad electoral frente a los cargos de las corporaciones de elección popular apoyadas en causales objetivas (irregularidades en los procesos de votación o de escrutinio), se advierte en el tema de notificaciones lo siguiente:

- **Notificación por aviso** se surte con respecto a los ciudadanos elegidos para las corporaciones públicas se les notifica por aviso (num. 1 lit. d) art. 277) y a los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos (num. 1 lit. e) art. 277).

- **Notificaciones personales** se cumplen con respecto a:

- la autoridad que expidió el acto y al que intervino en su adopción mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales (art. 277 num. 2);
- al Ministerio Público (art. 277 num. 3).
- **Notificación por estado:** al actor (art. 277 num. 4).

Ahora bien, tienen plena aplicación en estos casos el literal g)

del numeral 1 del artículo 277, fundamento normativo del auto suplicado, en cuya literalidad dispone:

“g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente”.

Pero también tiene plena aplicación el literal f) para efectos del conteo de todos los términos y plazos que se contienen en el artículo 277 *ibidem*, de conformidad con el siguiente texto:

*“f) Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado **solo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso**”.*

Aplicando la normativa al caso concreto, la Sala encuentra acreditado, según la prueba documental, lo siguiente:

El auto admisorio de la demanda fue proferido el 18 de septiembre de 2014 (fls. 463 a 468).

Con fecha **19 de septiembre de 2014**, el Secretario de la Sección Quinta “*comunica que se generó un estado que puede ser consultado en la página web www.consejodeestado.gov.co*”, el cual es remitido a la actora (No. 3386, fl. 469), al Procurador Séptimo (No. 3387, fl. 470), a la RNEC (No. 3388, fl. 471), a los demandados: Pedrito Tomás Pereira Caballero (No. 3389, fl. 472), al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes (No. 3390, fl. 473), a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (No. 3391, fl. 474) y al CNE (No. 3392, fl. 475).

Con fecha **23 de septiembre de 2014**, el Secretario remite oficio al Jefe de la Oficina de Sistemas sobre la expedición del auto admisorio de la demanda, para dar cumplimiento al numeral 5 del artículo 277 del CPACA atinente a que se informe a la comunidad sobre la existencia del proceso a través de la página web de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en esa fecha la oficina ejecutora envía el pantallazo respectivo (fls. 479 y 480).

Así también se observa que en esa misma fecha, **23 de septiembre de 2014**, el Secretario de la Sección emite el **aviso** para surtir la notificación que prevé el literal f) numeral 1 del artículo 277³⁸ y efectúa las **notificaciones personales**,

³⁸ La no acreditación de la publicación del aviso en prensa en el plazo legal permite dar por terminado el proceso.

mediante oficios en los que textualmente se lee: “*se notifica personalmente la demanda. Se adjunta copia de la demanda con el anexo y del auto admisorio de la misma. Los documentos anexos deben ser abiertos con el programa Adobe Acrobat versión 9.1 o superior*”.

En esos términos y ese 23 de septiembre de 2014 fueron enviados los oficios a: La RNEC (Nos. 3524 y 3530, fls. 481 a 482), al CNE (Nos. 3528 y 3534, fls. 483 y 484), al **Procurador Séptimo Delegado** (Nos. 3523 y 3529, fls. 485 a 486), a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Nos. 3527 y 3533, fls. 487 a 488), al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes (Nos. 3526 y 3532, fls. 489 y 490), al demandado Pedrito Tomás Pereira Caballero (Nos. 3525 y 3531, fls. 491 y 492) y cada oficio tiene en el reverso la impresión del pantallazo que se envió a las respectivas direcciones de correo web.

Con fecha **10 de octubre de 2014** reposan escritos de contestación de demanda presentado por el apoderado de los Representantes a la Cámara elegidos Hernando José Padaui Álvarez y Karen Violette Cure Corcione (fls. 496 a 511) y de la RNEC (fls. 523 a 541).

En esa misma fecha **10 de octubre de 2014** la parte actora retira el oficio de publicación expedido el 23 de septiembre anterior a fin de cumplir con la publicación ordenada en el artículo 277 numeral 1, literal f) (fl. 512).

El **16 de octubre de 2014** la parte actora presenta escrito de reforma de la demanda (fls. 542 a 544).

El **21 de octubre de 2014** la parte actora mediante memorial adjunta dos publicaciones en prensa realizadas por el periódico *El Tiempo* los días 17 y 18 de octubre de 2014 (fls. 546 y 547).

Visto el acervo probatorio del *iter* procesal es claro que la notificación personal al señor Agente del Ministerio Público se efectuó el 23 de septiembre de 2014 y, conforme con la previsión del literal f) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, los términos concedidos por el auto notificado, esto es, el admisorio de la demanda, comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso.

De tal suerte que como la notificación al Ministerio Público debe darse personalmente, es esa fecha, el 23 de septiembre de 2014 el parámetro de inicio para el conteo de cualquiera de los términos que prevé el artículo 277 incluido los 20 días para la publicación del aviso.

Es por ello que los tres (3) días siguientes a la notificación personal que prevé el literal f) de marras, corrieron los días miércoles 24, jueves 25 y viernes 26 de septiembre de 2014 y los veinte (20) días para acreditar la publicación en prensa comenzaron a correr al día hábil siguiente, esto es, el lunes 29 de septiembre, feneciendo este término el 28 de octubre de 2014.

Considera la Sala que si bien el Despacho instructor del proceso hizo expresa y evidente mención a las consecuencias de que la actora incumpliera la carga procesal³⁹ de la publicación del aviso en prensa, incurrió en error al considerar que el oficio de 19 de septiembre de 2014 (fl. 470) contenía la notificación personal al Ministerio Público, cuando simplemente se trataba de una notificación por estado con el que la Secretaría de esta Sección informa la existencia de la providencia y del proceso de nulidad electoral, sin que tenga la virtud de suplir ni de considerarse la notificación personal.

Ha de notarse que en el estado de 19 de septiembre no se advierte ni que sea notificación personal y menos que se le estén anexando los traslados como sí se advierte en la literatura del oficio de 23 de septiembre de 2014 (véanse y compárense los oficios obrantes a fls. 470 y 485). Es más el aviso que se entrega a la parte actora para publicación en prensa, tan solo es expedido por la Secretaría el día de la notificación personal, esto es, el 23 de septiembre como puede constatarse a folio 476 y, por ende, a 19 de septiembre ni siquiera había sido elaborado.

Por lo anterior, le asiste razón a la parte suplicante, toda vez que no se encuentra probado el supuesto fáctico que prevé la norma (literal g) del numeral 1º del art. 277 del CPACA) para considerar que la parte actora abandonó el proceso, en tanto sí acreditó en forma oportuna con destino al expediente y mediante conducta procesal material activa y eficaz que desplegó ante la Secretaría, las publicaciones en prensa del aviso y, en tal sentido se revocará el auto suplicado, a fin de que continúe el trámite correspondiente dentro de la acción de nulidad electoral de la referencia.

En mérito de lo expuesto la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero. Revócase parcialmente y solo respecto al numeral tercero del auto de 16 de diciembre de 2014, proferido por el Despacho del Dr. Alberto Yepes Barreiro, mediante el cual declaró terminado el proceso por abandono.

39 Frente a la carga procesal de interés resulta la sentencia de la Corte Constitucional C-203 de 2011 con ponencia del doctor Juan Carlos Henao Pérez en la que se definió conceptualmente qué entender por aquella y sus alcances: “(...) son un imperativo que también emana de las normas procesales de derecho público y con ocasión del proceso, pero sólo para las partes y algunos terceros. (...) Es decir que el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente a una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan. Ahora que, con todo y haberse dicho que el incumplimiento de la carga procesal no es en sentido estricto sancionable, es cierto que la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para quien la soporta. Ellas pueden consistir en la preclusión de una oportunidad o de un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, ‘dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales”.

Segundo. Ejecutoriado este auto, **regrese** el expediente al Despacho del Consejero conductor para que se continúe con el proceso de nulidad electoral.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Consejera de Estado

TERMINACIÓN DEL PROCESO POR ABANDONO - Por no acreditar las publicaciones en la prensa requeridas para surtir notificaciones por aviso / NOTIFICACIÓN POR AVISO - Su finalidad es que se logre la notificación a todos los demandados / PUBLICACIÓN DE LOS AVISOS - Acreditación para que no se dé por terminado el proceso por abandono / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Terminación del proceso por abandono

En este caso no hay duda que la demanda se basa en las causales de nulidad de los numerales 2 y 3 del artículo 275 del CPACA, como expresamente se señaló en la demanda y en la corrección que, por orden del ponente, se hizo a la misma, causales que se han conocido como “objetivas”. Igualmente, está claro que se ordenó notificar el auto admisorio de la demanda a todos los Senadores de la República (2014-2018), así como a los partidos y movimientos políticos por los que resultaron elegidos estos, por medio de aviso, tal y como lo disponen los literales d) y e) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA. Por lo tanto, el demandante Jorge Eduardo Géchem Turbay tenía la carga de cumplir lo dispuesto en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

De conformidad con las distintas acepciones dadas por el diccionario de la lengua española, el término acreditar se refiere a dar crédito y/o seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece, por lo tanto en este caso concreto, acreditar se refiere a hacer valer, allegar o agregar al proceso dentro del término establecido la publicación de los avisos.

Entonces, el demandante, además, de realizar la publicación de los correspondientes avisos de conformidad con lo establecido en los literales b) y c) de la misma norma, esto es, (i) publicarlos para notificar el auto admisorio por una vez en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral, señalando su fecha y la de la providencia que se notifica, el nombre del demandante y del demandado, la naturaleza del proceso y la advertencia que la notificación se entenderá surtida dentro de los 5 días siguientes a la publicación del aviso, (ii) deberá allegarla al proceso.

Así las cosas, tal como ya se mencionó, la notificación personal al Agente del Ministerio Público se efectuó el 18 de diciembre de 2014, por lo tanto el inicio del conteo de los veinte (20) días de que trata el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, comenzó a correr tres días después de tal notificación, esto es (atendiendo a la vacancia judicial) el 15 de enero de 2015, feneciendo así el término para acreditar la publicación de los avisos el 12 de febrero de 2015.

De conformidad con lo anterior, tal como lo pudo verificar el Despacho tras examinar detenidamente el expediente, las publicaciones del aviso de notificación a los Senadores de la República demandados y sus correspondientes partidos y movimientos Políticos se realizaron los días 4 y 5 de febrero de

2015 y fueron allegados al proceso el día diecisiete de febrero de 2015, luego del requerimiento efectuado por este despacho el 11 de febrero de la misma anualidad, sin mediar ninguna razón o explicación por allegarse los avisos al proceso por fuera del término señalado en las normas mencionadas, pues tal como se indicó, la norma procesal establece la obligación de acreditar, que incluye, además de realizar las publicaciones, que estas se tienen que poner de presente al juez dentro de las diligencias, en el término referido para el efecto y de no hacerlo, da lugar a que se declare terminado el proceso por abandono, como así lo determina el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, situación que fue previamente informada al señor Géchem Turbay en el auto admisorio de la demanda.

Según los términos de esta última norma, dicha consecuencia opera en forma objetiva, y su aplicación no está sujeta a que la parte demandada o el Ministerio Público así lo hayan solicitado. Tampoco debe entenderse que si el demandante anexa las publicaciones antes de que el juez declare el abandono del proceso, la situación queda saneada, ni que el término para acreditar, realizar las publicaciones y agregarlas al proceso se extienden en virtud del requerimiento efectuado por el Magistrado Ponente, porque al ser un fenómeno que se presenta en forma objetiva, queda estructurado al vencimiento de los 20 días siguientes luego de la ejecutoria (3 días) de la notificación al Ministerio Público.

Nota de Relatoría: Auto de cinco de febrero de 2015, Rad. 2014-00069-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Auto de veintinueve de enero de 2015, Rad. 2014-00107-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

Fuente Formal: Ley 1437 DE 2011 - artículo 277 numeral 1

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-0114-00

Actor: Jorge Eduardo Géchem Turbay

Demandado: Senadores de la República

El Despacho, una vez revisado el expediente, entra a establecer si hay lugar a terminar el proceso por abandono.

I. ACTUACIONES

La demanda radicada por el apoderado de Jorge Eduardo Géchem Turbay se inadmitió con auto de 3 de diciembre de 2014 (fls. 44-51), la que se subsanó en la oportunidad legal establecida, en escrito del 9 de diciembre de 2014 (fls. 55-63).

En providencia del 16 de diciembre de 2014 se admitió la demanda frente a algunos cargos y se rechazó frente a otros, (fls. 65-70) auto en cuya parte resolutive dispuso:

“Primero: RECHAZAR la demanda en cuanto a lo siguiente:

1.- Irregularidades asociadas a: escrutinios de mesa no publicadas (i), falta de formularios E-17 (iii), tarjetas electorales perdidas con antelación a la jornada electoral (iv), manipulación de bolsas que contenían el material electoral (v), tarjetas electorales marcadas antes de las votaciones en Venezuela (vi), el Consejo Nacional Electoral se atuvo indebidamente al preconteo (xiv), y En *“casi todos los municipios de los departamentos se registraron valores diferentes entre el E-24 y el E-14, estos en perjuicio del candidato Gechem Turbay”*. (xvii).

2.- Las 172 resoluciones demandadas en nulidad en la pretensión 3ª de la demanda inicial (fl. 11).

3.- La pretensión 4ª de la demanda inicial (fl. 11).

SEGUNDO. ADMITIR la demanda de Nulidad Electoral No. 110010328000201400114-00, promovida por el Dr. JORGE EDUARDO GECHM TURBAY contra la elección de **Senadores de la República (2014-2018)**, según las precisiones hechas en la parte motiva de este auto. (...)”

Y, en la misma resolutive, se advirtió al demandante lo siguiente:

“1. **Notificar por aviso** a las personas elegidas como Senadores de la República por el período constitucional 2014-2018, en la forma dispuesta en el literal d) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA.

2. Los partidos y movimientos políticos por los que resultaron elegidos los demandados, **quedarán notificados con los avisos** que se han de publicar por cuenta de este proceso (CPACA Art. 277 num. 1 lilt. e).

3. Informar a los Senadores de la República, período constitucional 2014-2018, que el traslado para contestar la demanda se computará en la forma dispuesta en los artículos 277 num. 1 lit. f) y 279 del CPACA”.

El 18 de diciembre de 2014, el Secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado vía correo electrónico dirigido al apoderado del actor, al Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, a la Agencia Nacional de Defensa judicial, a la RNEC, al Consejo Nacional Electoral, al Presidente del Senado de la República *“comunica que se generó un estado que puede ser consultado en la página web www.consejodeestado.gov.co”* (fls. 72-77).

El mismo 18 de diciembre de 2014, el Secretario de la Sección Quinta, elaboró el aviso para surtir la notificación que establecen los artículos 277 numeral 1, literal f y 279 del CPACA (fl. 71), y quedó a disposición de la parte actora para que procediera de conformidad con lo establecido en el mismo artículo 277 sobre la realización de la publicación y la acreditación frente al proceso.

El 19 de diciembre de 2014, el Secretario remitió oficio No. 2014-993, al Jefe de la Oficina de Sistemas, para dar cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 277 del CPACA relacionado con informar a la comunidad sobre la existencia del proceso. Igualmente, en la misma fecha, mediante oficio 2014-994, informó al Presidente de la Mesa Directiva del Senado de la República la admisión de la presente demanda.

El 2 De Febrero de 2015, de conformidad con la autorización que le otorgó el apoderado del demandado, Juan Esteban Henao, retiró los avisos para la publicación ordenada. (fls. 118-119)

El 17 De Febrero de 2015, luego del requerimiento efectuado por orden de la magistrada ponente, el actor allega 2 publicaciones en prensa realizadas en el Diario La República el 4 de febrero de 2015 y en el Diario *El Tiempo* el 5 de febrero de 2015.

II. CONSIDERACIONES

Sobre la notificación del auto admisorio de la demanda el literal d) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA dispone:

“d) Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, caso en el cual se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia por aviso en los términos de los literales anteriores”.

En este caso no hay duda que la demanda se basa en las causales de nulidad de los numerales 2 y 3 del artículo 275 del CPACA, como expresamente se señaló en la demanda (fl. 11) y en la corrección que, por orden del ponente, se hizo a la misma (fl. 62), causales que se han conocido como “objetivas” y que disponen:

“Art. 275.- Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violación o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información,

transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales”

Igualmente, está claro que se ordenó notificar el auto admisorio de la demanda a todos los Senadores de la República (2014-2018), así como a los partidos y movimientos políticos por los que resultaron elegidos estos, por medio de aviso, tal y como lo disponen los literales d) y e) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA¹.

Por lo tanto, el demandante Jorge Eduardo Géchem Turbay tenía la carga de cumplir lo dispuesto en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, que establece:

“g) Si el demandante **no acredita** las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, **se declarará terminado el proceso por abandono** y se ordenará archivar el expediente”.

De conformidad con las distintas acepciones dadas por el diccionario de la lengua española², el término acreditar se refiere a dar crédito y/o seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece, por lo tanto en este caso concreto, acreditar se refiere a hacer valer, allegar o agregar al proceso dentro del término establecido la publicación de los avisos.

Así mismo es pertinente destacar que con la exigencia de “acreditar” que establece la norma, si bien es cierto, lo que pretende el legislador es que se logre la notificación a los demandados y que con fundamento en esta, procedan a contestar la demanda, tal exigencia lleva intrínseca una doble

obligación, esto es, la de (i) realizar la publicación y (ii) agregarla al proceso, las dos dentro del término de los veinte días, es decir, que la carga del demandante, es de publicar y agregar al expediente la copia de la página del periódico donde aparezca el aviso, pues así se señala en el último párrafo del literal c) del numeral 1 del mismo artículo 277 del CPACA que indica:

“la copia de la página del periódico en donde aparezca el aviso se **agregará** al expediente (...)”

Entonces, el demandante, además, de realizar la publicación de los correspondientes avisos de conformidad con lo establecido en los literales b) y c) de la misma norma, esto es, (i) publicarlos para notificar el auto admisorio por una vez en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral, señalando su fecha y la de la providencia que se notifica, el nombre del demandante y del demandado, la naturaleza del proceso y la advertencia que la notificación se entenderá surtida dentro de los 5 días siguientes a la publicación del aviso, (ii) deberá allegarla al proceso.

Para determinar si las publicaciones fueron **acreditadas** (realizadas y allegadas) oportunamente es necesario retomar lo ya expuesto por esta Sección en auto de 5 de febrero de 2015 así:³

“Pues bien, la Sala procederá a auscultar el artículo 277 del CPACA el cual regula el contenido del auto admisorio de la demanda electoral.

Esta norma puede decirse es un tipo normativo dirigido a varios sujetos procesales, al estar compuesto de cargas de las partes, cargas del operador jurídico y cargas en la actividad secretarial. Esa mezcla de contenido y lo denso de su texto hace que merezca una lectura detenida que permita entender a la comunidad jurídica la especialidad del primer auto dentro de la acción electoral.

En efecto, lo primero que se advierte es que *ab initio* la demanda debe cumplir con los requisitos formales de lo contrario no nacerá el auto admisorio. Existiendo el auto admisorio, lo primero que surge es la **notificación personal** al designado (bien por elección o bien por nombramiento) que tendrá que cumplir sus propios requisitos dependiendo de la clase de designación (unipersonal o de corporación) o de la causal de nulidad electoral invocada (subjettiva u objetiva).

Pues bien, para el caso de las demandas de nulidad electoral frente a los cargos de las corporaciones de elección popular apoyadas en causales objetivas (irregularidades en los procesos de votación o de escrutinio), se advierte en el tema de notificaciones lo siguiente:

1 Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...) d. Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de Corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6, y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, caso en el cual se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia por aviso en los términos de los literales anteriores.

e. Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos quedarán notificados mediante la publicación de los avisos aludidos.

2 22.ª edición. <http://lema.rae.es/drae/?val=acreditar>:

1. Tr. Hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad. U. t. c. prnl.

2. Tr. Afamar, dar crédito o reputación. U. t. c. prnl.

3. Tr. Dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece.

4. Tr. Dar testimonio en documento fehaciente de que alguien lleva facultades para desempeñar comisión o encargo diplomático, comercial, etc.

5. Tr. Com. abonar (tomar en cuenta un pago).

6. Tr. Com. abonar (asentar una partida en el haber).

7. Prnl. Lograr fama o reputación.

3 Rad. 11001-03-28-000-2014-00069-00 Actor Yúri Cristina Buelvas Silva. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

- **Notificación por aviso** se surte con respecto a los ciudadanos elegidos para las corporaciones públicas se les notifica por aviso (num. 1 lit. d) art. 277) y a los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos (num. 1 lit. e) art. 277).

- **Notificaciones personales** se cumplen con respecto a:

la autoridad que expidió el acto y al que intervino en su adopción mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales (art. 277 num. 2); al Ministerio Público (art. 277 num. 3).

- **Notificación por estado:** al actor (art. 277 num. 4).

Ahora bien, tienen plena aplicación en estos casos el literal g) del numeral 1 del artículo 277, fundamento normativo del auto suplicado, en cuya literalidad dispone:

"g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

Pero también tiene plena aplicación el literal f) para efectos del conteo de todos los términos y plazos que se contienen en el artículo 277 *ibídem*, de conformidad con el siguiente texto:

"f) Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso".

Así las cosas, tal como ya se mencionó, la notificación personal al Agente del Ministerio Público se efectuó el 18 de diciembre de 2014, por lo tanto el inicio del conteo de los veinte (20) días de que trata el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, comenzó a correr tres (3) días después⁴ de tal notificación, esto es (atendiendo a la vacancia judicial) el 15 de enero de 2015, feneciendo así el término para **acreditar** la publicación de los avisos el 12 de febrero de 2015.

De acuerdo con lo expuesto la publicación de los avisos y su arribo al proceso debió ocurrir en el *sub lite* a más tardar el **12 de febrero de 2015**.

Si bien es cierto, tal como fue señalado por esta Sección⁵ la finalidad de la publicación de los avisos es que se logre la notificación a los demandados y que aquellos, con fundamento en dicha notificación contesten la demanda; por lo que se consideró necesario que en los casos de no ser allegados los avisos, se requiriera al demandante para que acreditara su publicación dentro del término, también es cierto que, tal exhorto tiene como fundamento únicamente sanear circunstancias excepcionalísimas por las cuales los avisos no se encuentren físicamente en el expediente una vez vencido el término para realizar la acreditación, no extenderlo indefinidamente sin razón o condición.

De conformidad con lo anterior, tal como lo pudo verificar el Despacho tras examinar detenidamente el expediente, las publicaciones del aviso de notificación a los Senadores de la República demandados y sus correspondientes partidos y movimientos Políticos se realizaron los días 4 y 5 de febrero de 2015 y fueron allegados al proceso el día 17 de febrero de 2015 (fls 130-132), luego del requerimiento efectuado por este despacho el 11 de febrero de la misma anualidad, sin mediar ninguna razón o explicación por allegarse los avisos al proceso por fuera del término señalado en las normas mencionadas, pues tal como se indicó, la norma procesal establece la obligación de **acreditar**, que incluye, además de realizar las publicaciones, que estas se tienen que poner de presente al juez dentro de las diligencias, en el término referido para el efecto y de no hacerlo, da lugar a que se declare terminado el proceso por abandono, como así lo determina el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, situación que fue previamente informada al señor Géchem Turbay en el auto admisorio de la demanda.

Según los términos de esta última norma, dicha consecuencia opera en forma objetiva, y su aplicación no está sujeta a que la parte demandada o el Ministerio Público así lo hayan solicitado. Aunque obran peticiones del apoderado del doctor Manuel Guillermo Mora Jaramillo (fls. 138-143) y Alvaro José Lyons Villalba, apoderado del Senado de la República (fls. 145-147) al respecto.

Tampoco debe entenderse que si el demandante anexa las publicaciones antes de que el juez declare el abandono del proceso, la situación queda saneada, ni que el término para acreditar, realizar las publicaciones y agregarlas al proceso se extienden en virtud del requerimiento efectuado por el Magistrado Ponente, porque al ser un fenómeno que se presenta en forma objetiva, queda estructurado al vencimiento de los 20 días siguientes luego de la ejecutoria (3 días) de la notificación al Ministerio Público.

Por consiguiente, se terminará el proceso por abandono y se ordenará su archivo, reconociendo las personerías a que haya lugar.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

⁴ Los tres días corrieron los días 19 de diciembre de 2014, y 13 y 14 de enero de 2015 (no se tienen en cuenta los días de vacancia judicial).

⁵ Auto que resolvió recurso de súplica. 29 de enero de 2015. M. P. Alberto Yepes Barrerero. Exp. 2014-00107-00.

RESUELVE:

Primero: RECONOCER personería a los doctores Mauricio Eljach Galofre y Alvaro José Lyons Villalba como apoderados de Guillermo Mora Jaramillo y el H. Senado de la República en los términos de los poderes visibles a folios 135 y 82 del expediente, respectivamente.

Segundo: TERMINAR, por abandono, el proceso de Nulidad Electoral N 110010328000201400114-00, adelantado por **Jorge Eduardo Géchem Turbay** contra la elección de **Senadores de la República**, período 2014-2018.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por cuanto no se encuentran los elementos necesarios para decretarla / UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA - Elección de rector

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la parte actora presentó demanda en procura de que se declare la nulidad de la designación del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, rector de la UPTC, periodo 2015-2018. De conformidad con los argumentos en que se funda la solicitud de suspensión provisional se tiene que el reparo del actor recae en la publicación extemporánea en el *Diario Oficial* de los Acuerdos 039 de 2014 "Por el cual se establece el reglamento para designar el rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para el periodo 2015-2018 y se fija el calendario". 040 de 2014 "Por el cual se modifica el Acuerdo 039 de 2014 ` Por el cual se establece el reglamento para designar el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para el periodo 2015-2018 ` ". 041 de 2014 "Por el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 4º del Acuerdo 040 del 25 de octubre de 2014, para la consulta prevista en el Estatuto General, artículo 18 del Acuerdo 066 de 2005".

Toda vez que con esa actuación extemporánea la Universidad aplicó actos administrativos que no estaban vigentes, en el entendido que con la publicación el acto adquiere ejecutividad y oponibilidad frente a terceros, irregularidad que fundó en las normas antes descritas.

De entrada advierte la Sala que de la confrontación del acto acusado con el contenido de los artículos 29, 69 y 209 de la Constitución Política, 119 de la Ley 489 1998, 29 y 67 de la Ley 30 de 1992 y 13 del Estatuto del Consejo Superior Universitario –Acuerdo No. 066 del 2005– y teniendo claro que el actor funda sus reparos en la presunta extemporaneidad de la publicación de los acuerdos que se dictaron en el proceso que culminó con la designación del demandado como rector de la UPTC, no se advierte la vulneración alegada por las siguientes razones:

a) la normativa invocada por el demandante en ningún aparte fija un término para la publicación de los actos administrativos a los que se alude en la demanda;

b) si acudiéramos a las consecuencias que devienen de la tardía publicación de dichos actos administrativos, en la medida en que a través de esa actuación se configuran los requisitos de eficacia y oponibilidad frente terceros, se debe manifestar que no obra prueba que permita a la Sala evidenciar la existencia de los posibles perjuicios causados por esta circunstancia y,

c) si lo pretendido es dictar la medida cautelar porque se ejecutaron acuerdos antes de su publicación, se debe

advertir que el demandante omitió acreditar la publicación de los actos administrativos que dice no estaban en firme para su ejecución, razón por la cual es necesario agotar la etapa de pruebas y realizar el respectivo estudio de fondo. Ahora bien, respecto del análisis del acto demandado frente a las pruebas allegadas con la solicitud.

La Sala advierte que el demandante se limitó a mencionar las fechas de publicación de los acuerdos dictados en el trámite del proceso que culminó con la designación del demandado, pero no aportó copia de las correspondientes publicaciones. Esta situación genera que en este momento no se tenga certeza de la fecha en la cual se surtieron las publicaciones que se dice extemporáneas. En síntesis, la Sala concluye que de la confrontación del acto acusado con las normas invocadas, en este momento procesal, no es posible advertir la presunta irregularidad que presenta el acuerdo de designación cuestionado. Además, al analizar la documentación aportada con la demanda no aparecen suficientes elementos de juicio que permitan elucubrar sobre una hipotética irregularidad en la designación de Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, rector de la UPTC. Por lo tanto, en este momento procesal y con el material probatorio allegado, no es posible acceder al decreto de la medida cautelar solicitada.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00004-00

Actor: Ministerio de Educación Nacional

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda presentada por el Ministerio de Educación Nacional y respecto de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se designó a Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia "UPTC", período 2015-2018.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la parte actora presentó demanda en procura de que se declare la nulidad de la designación del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, rector de la UPTC, periodo 2015-2018.

CONSIDERACIONES

1. Admisión de la demanda

Toda vez que la presente demanda reúne los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA; y se instauró dentro del término legalmente exigido en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo estatuto y por ser competente la Sala para conocer del proceso en única instancia y de la suspensión provisional¹, ya que se trata del acto de elección del rector de la UPTC, ente autónomo universitario del orden nacional², se procederá a su admisión.

2. Suspensión provisional

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados³ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y regulada posteriormente con las Leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente solo fue establecida hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

El Estado de Derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del

sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras; y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o transitoriamente, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”.

En la actualidad el artículo 229 del CPACA, consagra la medida en comento exigiendo una “...*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “...*violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y; **ii)** al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁴.

3. Caso concreto

En el presente asunto el actor solicitó en el escrito de la demanda que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional del acto de designación del señor Álvarez Álvarez esgrimiendo como fundamento “...*los argumentos utilizados en el acápite normas violadas y concepto de violación*”.

Así las cosas, la Sala procederá a mencionar las normas que la parte actora considera vulneradas y el respectivo concepto de la violación expuesto en el escrito de demanda: a) Artículos 29º y

1 “Artículo 149 del CPACA. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. (...) 4. De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus cámaras y sus comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las comisiones de regulación”

“Artículo 1º del Acuerdo 55 de 2004 que modificó el 13 del Acuerdo 58 de 1999. Distribución de negocios entre las Secciones. (...) Sección Quinta (...) 3. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos”.

“Artículo 277 CPACA (...) En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. (...)”

2 De conformidad con lo expuesto por el artículo 1º del Acuerdo 066 de 2005 “Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”

3 González Rodríguez, Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”. Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá, 1989.

4 Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

5 “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a

209⁶ de la Constitución Política: respecto de los artículos 29 y 69 afirmó que la publicación en el Diario Oficial de los actos administrativos que antecedieron a la designación del rector de la UPTC, se realizó de manera “. . . extemporánea, cuando ya se habían surtido etapas establecidas en los cronogramas y que fueron concluyentes para la elección como lo son las fases de inscripción y de consulta”.

Precisó que “*la constitucionalización del derecho al debido proceso*” implica la protección superior de las garantías mínimas de carácter sustancial y procedimental que deben respetar las autoridades judiciales y administrativas en desarrollo de sus actuaciones y para imponer límites al abuso de poder.

De los anteriores postulados, entre otros, es que surge la obligatoriedad de publicar los actos administrativos que rigen el proceso de designación pues es la herramienta que permite a los interesados conocer las reglas y los tiempos del proceso de selección. Entonces, es claro que la publicación extemporánea tiene la virtualidad de afectar este derecho y de privar de transparencia el citado procedimiento administrativo. Argumento que fundó en apartes trascritos de la sentencia C-012 de 2013 de la Corte Constitucional.

b) En relación con el artículo 69⁷: se limita a exponer que de conformidad con este precepto las instituciones de educación superior están facultadas para regirse por sus propios estatutos, potestad que se convierte simultáneamente en una obligación en su desarrollo académico y administrativo. Así las cosas, al no publicarse a tiempo los actos administrativos dictados en el proceso eleccionario de rector de la UPTC, se evidencia que “*. . . no se sometieron al cumplimiento de todos los requisitos necesarios para entrar a regir, en consecuencia, conforme lo establecen los estatutos se violó igualmente el artículo 69 Constitucional que ordena que las universidades deban regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley*”. Situación que, en su criterio, se configura desde el mismo momento en que no se da estricto cumplimiento a las fechas establecidas en el cronograma que la misma UPTC estableció.

c) Artículo 119⁸ de la Ley 489 1998: Señaló que a pesar de la calidad

no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

- 6 “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.
- 7 “Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”.
- 8 “Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:
 - a) Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
 - b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;
 - c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas

de entes autónomos las instituciones de educación superior deben atender los postulados de la mentada Ley 489 de 1998 (sin precisar cuáles) y también los contenidos en el artículo 65⁹ del CPACA.

De acuerdo con lo expuesto expuso que partiendo del hecho que el cronograma que establece las reglas y procedimientos que regirán el proceso de designación del rector de la UPTC, se publicó de manera extemporánea y “. . . se ejecutó cuando no estaba en firme”, resulta evidente que las actuaciones subsiguientes (entre otras inscripción de candidatos, la consulta y la publicación de candidatos que cumplían requisitos), tampoco se realizaron en el tiempo estipulado y también se ejecutaron sin estar en firme “*. . . careciendo así de obligatoriedad y por ende restando validez a los actos posteriores en los que se basaron en este caso el Acuerdo 042 de 2014, de designación de rector para el periodo 2015-2018*”.

Además, afirmó que vía jurisprudencial la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 29 de mayo de 2014¹⁰ dejó claramente establecido que la publicación en el *Diario Oficial* de los actos generales resulta una actuación obligatoria para las entidades y órganos del orden nacional, incluyendo las autónomas y se constituye en requisito de eficacia y oponibilidad frente a terceros.

d) Artículos 29¹¹ y 67¹² de la Ley 30 de 1992

expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

Parágrafo. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”.

- 9 “Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz. En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz. Parágrafo. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular.
- 10 Exp: 2011-00059-00, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
- 11 “La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:
 - a) Darse y modificar sus estatutos.
 - b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.
 - c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.
 - d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.
 - e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.
 - f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.
 - g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.
 Parágrafo. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES)”.
- 12 Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector,

En relación con dicha normativa alegó que la publicación extemporánea de los actos administrativos evidencia la vulneración de las normas estatutarias y legales que rigen este tipo de procedimientos. Además, afirmó que “...es claro además que los miembros del Consejo Superior cumplen funciones públicas encomendadas y en razón a ello deben preservar los principios del artículo 209 de la Carta Constitucional, así como acatar lo señalado en el párrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998. Y de la misma forma de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia señalada, por ser una institución universitaria del orden nacional, tal como consta en el estatuto general, tiene la obligación de publicar en el Diario Oficial los actos administrativos de carácter general que expida”.

e) Estatuto del Consejo Superior Universitario –Acuerdo No. 066 del 2005—: únicamente expuso que “El artículo 13 del Acuerdo 066 de 2005 ratifica la obligación establecida para los miembros del Consejo Superior de designar rector y que esa designación debió hacerse acatando lo preceptuado por la ley sobre la publicación de los actos administrativos, y se deja ver en esta demanda y de las pruebas que se solicitan¹³ en ella que el Consejo Superior no cumplió esa función, más aun teniendo en cuenta que la reglamentación expedida para la designación de rector se contempló de manera expresa la publicación en el Diario Oficial, irrespetando uno de los supuestos de legalidad necesarios como es la publicación oportuna del acto de carácter general en el que se soporta el particular Acuerdo 042 de 2014”.

Allega como sustento probatorio de lo anterior, entre otros, los siguientes documentos:

-Acuerdo No. 039 de 2014 “*Por el cual se establece el reglamento para designar el rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para el periodo 2015-2018 y se fija el calendario*” (fls. 11 y 12).

-Acuerdo No. 040 de 2014 “*Por el cual se modifica el Acuerdo 039 de 2014 `Por el cual se establece el reglamento para designar el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para el periodo 2015 – 2018`”* (fls. 13 y 14).

-Acuerdo No. 041 de 2014 “*Por el cual se reglamenta el párrafo del artículo 4º del Acuerdo 040 del 25 de octubre de 2014, para la consulta prevista en el Estatuto General, artículo 18 del Acuerdo 066 de 2005*” (fls. 15 al 17).

-Acuerdo No. 066 de 2005 “*Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia*” (fls. 18 al 32).

estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.

¹³ Aclara la Sala que en el acápite de pruebas de la demanda no se menciona solicitud alguna (Fl. 12 adv.).

-Copia parcial del *Diario Oficial No. 49.354* del 3 de diciembre de 2014 en el que consta la publicación del Acuerdo No. 042 de 2014 “*Por medio del cual se designa Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Periodo 2015-2018*”. (fl. 36).

Solución del caso

De conformidad con los argumentos en que se funda la solicitud de suspensión provisional se tiene que el reparo del actor recae en la publicación extemporánea en el *Diario Oficial* de los Acuerdos:

- **No. 039 de 2014** “*Por el cual se establece el reglamento para designar el rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para el periodo 2015-2018 y se fija el calendario*”.

- **No. 040 de 2014** “*Por el cual se modifica el Acuerdo 039 de 2014 `Por el cual se establece el reglamento para designar el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, para el periodo 2015 – 2018`”* (fls. 13 y 14).

- **No. 041 de 2014** “*Por el cual se reglamenta el párrafo del artículo 4º del Acuerdo 040 del 25 de octubre de 2014, para la consulta prevista en el Estatuto General, artículo 18 del Acuerdo 066 de 2005*”.

Toda vez que con esa actuación extemporánea la Universidad aplicó actos administrativos que no estaban vigentes, en el entendido que con la publicación el acto adquiere ejecutividad y oponibilidad frente a terceros, irregularidad que fundó en las normas antes descritas.

De entrada advierte la Sala que de la confrontación del acto acusado con el contenido de los artículos 29¹⁴, 69¹⁵ y 209¹⁶ de

¹⁴ “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

¹⁵ “Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”.

¹⁶ “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

la Constitución Política, 119¹⁷ de la Ley 489 1998, 29¹⁸ y 67¹⁹ de la Ley 30 de 1992 y 13 del Estatuto del Consejo Superior Universitario –Acuerdo No. 066 del 2005– y teniendo claro que el actor funda sus reparos en la presunta extemporaneidad de la publicación de los acuerdos que se dictaron en el proceso que culminó con la designación del demandado como rector de la UPTC, no se advierte la vulneración alegada por las siguientes razones:

a) la normativa invocada por el demandante en ningún aparte fija un término para la publicación de los actos administrativos a los que se alude en la demanda;

b) si acudiéramos a las consecuencias que devienen de la tardía publicación de dichos actos administrativos, en la medida en que a través de esa actuación se configuran los requisitos de eficacia y oponibilidad frente terceros, se debe manifestar que no obra prueba que permita a la Sala evidenciar la existencia de los posibles perjuicios causados por esta circunstancia y;

c) si lo pretendido es dictar la medida cautelar porque se ejecutaron acuerdos antes de su publicación, se debe advertir que el demandante omitió acreditar la publicación de los actos administrativos que dice no estaban en firme para su ejecución, razón por la cual es necesario agotar la

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.

17 "Publicación en el Diario Oficial. A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

- a) Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;
- b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;
- c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

Parágrafo. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad".

18 "La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:

- a) Darse y modificar sus estatutos.
- b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.
- c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.
- d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.
- e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.
- f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.
- g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Parágrafo. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES)".

19 Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.

etapa de pruebas y realizar el respectivo estudio de fondo.

Ahora bien, respecto del análisis del acto demandado frente a las pruebas allegadas con la solicitud, La Sala advierte que el demandante se limitó a mencionar las fechas de publicación de los acuerdos dictados en el trámite del proceso que culminó con la designación del demandado, pero no aportó copia de las correspondientes publicaciones. Esta situación genera que en este momento no se tenga certeza de la fecha en la cual se surtieron las publicaciones que se dice extemporáneas.

En síntesis, la Sala concluye que de la confrontación del acto acusado con las normas invocadas, en este momento procesal, no es posible advertir la presunta irregularidad que presenta el acuerdo de designación cuestionado. Además, al analizar la documentación aportada con la demanda no aparecen suficientes elementos de juicio que permitan elucubrar sobre una hipotética irregularidad en la designación de Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, rector de la UPTC.

Por lo tanto, en este momento procesal y con el material probatorio allegado, no es posible acceder al decreto de la medida cautelar solicitada.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 231 y 277 del CPACA la Sala,

RESUELVE:

Primero: Admitir la demanda de nulidad electoral promovida por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional contra la designación de GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, por lo que se dispone:

1. Notifíquese a GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, de conformidad con el numeral 1º del artículo 277 del CPACA Para ese efecto, se comisiona al Tribunal Administrativo de Boyacá. Por Secretaría líbrese despacho comisorio al señor Presidente de esa Corporación, con los insertos del caso, remitiéndole copia de la demanda y de sus anexos, a fin de que por el Magistrado a quien corresponda por reparto el asunto, se adelante la actuación pertinente.

2. Notifíquese personalmente al Consejo Superior Universitario de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

3. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

5. **Notifíquese** por estado a la parte actora.

2015-2018”.

6. **Infórmese** a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5° del artículo 277 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

Segundo: No decretar la suspensión provisional del Acuerdo No. 042 de 2014 *“Por medio del cual se designa Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, período*

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

INHABILIDAD POR COINCIDENCIA DE PERIODOS

- La presentación y aceptación de la renuncia impide su configuración / REPRESENTANTE A LA CÁMARA - La presentación y aceptación de la renuncia impide la configuración de la inhabilidad por coincidencia de períodos / COINCIDENCIA DE PERIODOS - La presentación de renuncia impide la configuración de la inhabilidad / REPRESENTANTE A LA CÁMARA - No hay lugar a inaplicar por la excepción de inconstitucionalidad la expresión "salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente" / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Parágrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5 de 1992

Frente a la solicitud del demandante de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del aparte que consagra la salvedad a la prohibición del 179.8 de la Constitución dispuesto en la Ley Orgánica del Congreso de la República en el numeral 8 de la disposición 280, bajo el planteamiento de que las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 superaron los supuestos normativos del artículo constitucional, la Sala estima conveniente reiterar lo dicho en la sentencia de 15 de marzo de 2015 que decidió el proceso 2014-00050-00, afirmando que la sentencia C-093 de 1994 despachó el cargo sobre el supuesto desconocimiento del espíritu del constituyente, con la salvedad a la inhabilidad, al considerar que cuando se presenta renuncia al primer cargo antes de la inscripción para el segundo se "configura una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, y por tanto, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8°, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...".

Así las cosas, para la Sala no existe hesitación alguna de que en el presente caso no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la renuncia a la que hace referencia el numeral 8° del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 no está acorde con la finalidad que previó el constituyente, pues, como ya se expuso, el ejercicio del cargo es personal y el periodo es institucional, razón por la cual no hay lugar a inaplicar con base en la excepción de inconstitucionalidad, la expresión "salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente", contenida en el parágrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, pues la propia Corte Constitucional avaló la justeza de esta a la Carta Política en el control de constitucionalidad que efectuó en la sentencia tantas veces citada. (...).

De acuerdo con los razonamientos anteriores y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que, si bien está demostrado que el demandado José Neftalí Santos Ramírez resultó elegido Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander para el periodo constitucional 2014-

2018 según consta en el Formulario E-26 CA visible a folio 49 del expediente; que fue electo Diputado a la Asamblea del departamento de Norte de Santander para el periodo 2012-2015 como se verifica en la certificación del Secretario General de dicha Corporación administrativa obrante a folio 268; y, que presentó y le fue aceptada la renuncia a este cargo a partir del 31 de octubre de 2013, no se configuró la inhabilidad contemplada en el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política endilgada como causal de nulidad de su elección. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda fundadas en este primer cargo.

Nota de Relatoría: Sentencia de 15 de marzo de 2015, Rad. 2014-00050-00, M. P., Susana Buitrago Valencia. Sentencia C-093 DE 1994, Corte constitucional.

Fuente Formal: Constitución Política - artículo 179 numeral 8

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA

- Intervención en gestión de negocios ante entidad pública dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección/INTERVENCIÓN EN GESTIÓN DE NEGOCIOS - Presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Improcedencia. No se configuró inhabilidad por intervención en gestión de negocios / INHABILIDAD POR INTERVENCIÓN EN GESTIÓN DE NEGOCIOS - Pagar las obligaciones tributarias no es en sí un trámite que genere ventajas o preferencias desde el punto de vista electoral

La parte actora le endilga al señor Santos Ramírez el haber fungido simultáneamente como Diputado y como gerente y propietario de la empresa Rentamas Ltda., y que en los seis meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander realizó gestiones ante el municipio de Cúcuta en favor del establecimiento de comercio del que es titular, relacionadas con el pago de los impuestos de Industria y Comercio, la sobretasa bomberil y el ICA. Pues bien, la Sala en este momento se anticipa a afirmar que la pretensión relacionada con la inhabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 179 de la C.P. no tiene vocación de prosperidad, entre otras cosas porque dentro del plenario se echa de menos el material probatorio que acredite la incursión del demandado en dicha prohibición.

En efecto, en el expediente aparece solo un documento suscrito el 8 de abril de 2010 de cesión de cuotas de una empresa llamada Rentamas Ltda., donde aparece como representante legal el señor Santos Ramírez, advirtiendo la Sala que el acto que se juzga corresponde al Formulario E-26 CA que declaró elegido al demandado como Representante a la Cámara para el periodo 2014-2018, por lo que tal documento resulta superfluo para determinar algún tipo de inhabilidad respecto del cargo ejercido a partir del 20 de julio de 2014. L

o propio sucede con el certificado de existencia y representación adosado con la demanda que corresponde al 8 de abril del año 2010, lo que no demuestra la realidad para el año 2014, o cuando menos seis meses antes, a la fecha de la elección del demandado como Congresista. Inclusive en el certificado de existencia y representación visible a folio 155 expedido el 4 de junio de 2014, se evidencia que el señor José Neftalí Santos Ramírez fue relevado del cargo de gerente de la empresa el 27 de mayo de 2013, época en la cual no había sido elegido Representante a la Cámara para el periodo que se cuestiona en este proceso.

En gracia de discusión, debe reiterarse que en cuanto a la casual imputada, la jurisprudencia consolidada de esta Corporación tiene decantado el criterio de que los elementos que la configuran son: i) la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, ii) en interés propio o de terceros, iii) dentro de los seis meses anteriores a la elección y iv) en la misma circunscripción de la elección. Ahora bien la “Gestión” a efectos de configuración de la causal de inhabilidad, supone el despliegue de actividades y diligencias potencialmente efectivas, valiosas, útiles y trascendentes que impliquen un beneficio de lucro o extrapatrimonial pero evidente y notorio, como por ejemplo provechos o ventajas que le representa intervenir en diligencias y trámites ante organismos públicos o en términos electorales, que le propicien una imagen preponderante ante el elector. También ha precisado la jurisprudencia que no todas las diligencias que se adelanten ante entidades públicas pueden ser consideradas a la luz del ordenamiento electoral como “gestión de negocios” porque no necesariamente conllevan el rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos o frente a los particulares que aspiren a celebrar un convenio con la administración pública, que es el bien jurídico que se pretende amparar con la prohibición constitucional. El hecho de pagar las obligaciones tributarias no es en sí un trámite que genere ventajas o preferencias desde el punto de vista electoral y que en el caso concreto, a pesar de no aparecer claramente tal situación, no se vislumbra ni siquiera de manera remota que haya existido un desequilibrio en la contienda electoral de marzo de 2014 en favor del ahora demandado. Por lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma no procede recurso alguno.

Fuente Formal: Constitución Política - artículo 179 numeral 3

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00059-00

Actor: Rómulo Cornejo Jaimes

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Ley 1437 de 2011), procede la Sala a dictar sentencia de única instancia en el proceso de nulidad electoral, adelantado contra la elección del doctor José Neftalí Santos Ramírez como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander, en los términos del numeral 3 del artículo 182, y el Título VIII de la Parte Segunda del CPACA.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El ciudadano Rómulo Cornejo Jaimes, actuando en nombre propio, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, solicitó la nulidad del acto que declaró la elección del señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander para el periodo 2014-2018 contenido en el formulario E-26 CAM.

Textualmente las pretensiones se contraen a lo siguiente¹:

“**Primera. Aplicar** excepción de inconstitucionalidad al numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992.

Segunda. Declarar la nulidad del Formulario E-26 CA contentivo en 18 hojas mediante el cual fue declarado electo el señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 13.256.635 de Cúcuta, como Representante

Tercera. Cancelar, en consecuencia, la credencial que le fue entregada por la respectiva autoridad electoral al señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 13.256.635, como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Norte de Santander a nombre del Partido Liberal colombiano, en las elecciones que se realizaron el 9 de marzo de la presente anualidad, para el periodo constitucional 2014-2018.

(...).”

1.2. Hechos

En síntesis, el demandante manifestó que:

- El señor José Neftalí Santos Ramírez es socio y gerente desde el año 2010 de la empresa RENTAMAS LTDA., inscrita en la Cámara de Comercio de Cúcuta e identificada con el NIT 890.503.383-4.

- El demandado en su condición de representante legal de la

¹ Demanda folio 18 y audiencia inicial folio 247 del expediente.

empresa RENTAMAS LTDA firmó la Escritura Pública 593 de 8 de abril de 2010 sobre cesión de cuotas, protocolizada en la Notaría Primera de Cúcuta.

- El señor Santos Ramírez ha sido elegido como Diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander para los periodos 1990-1992, 1995-1997, 1998-2000, 2001-2003, 2004-2007, 2008-2011 y 2012-2015.

- La parte demandada presentó renuncia a su cargo de Diputado para el periodo 2012-2015 el día 15 de octubre del año 2013, aceptada mediante la Resolución 033 de 29 de octubre del mismo año proferida por la Corporación administrativa territorial

- El demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes para el periodo 2014-2018 por el departamento de Norte de Santander en la lista con voto preferente del Partido Liberal colombiano como consta en el Formulario E-6 CT expedido el 9 de diciembre de 2013 por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

- Conforme con el Formulario E-26 CA JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ fue elegido con una votación de 40.980 sufragios como Representante a la Cámara por Norte de Santander.

1.3. Normas violadas y el concepto de violación

El demandante cita y transcribe como normas violadas las siguientes:

-Constitución Política artículos 4, 6, 125 Parágrafo, 179 numeral 3, 179 numeral 8, 291 y 299.

-Ley 136 de 1994 artículos 44 y 203.

-Ley 617 de 2000 artículo 36.

Como concepto de violación la demanda esgrime los siguientes cargos:

Primer cargo

El demandado SANTOS RAMÍREZ se encuentra incurso en la causal de inelegibilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política la cual manifiesta que nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. Indica el actor que esta causal está configurada por tres elementos: *i)* haber sido elegido en una Corporación pública, *ii)* elegirse posteriormente en otra Corporación, y *iii)* que los periodos de una y otra coincidan en el tiempo así fuere parcialmente. En este caso, el señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ fue electo el 30 de octubre de 2011 como Diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el periodo constitucional 2012-2015, cargo que ejerció entre el 1° de

enero de 2012 hasta octubre de 2013 cuando renunció a su curul. A la luz del artículo 299 de la C. P. la Asamblea es una Corporación político-administrativa de elección popular, por lo que se configura el primer elemento de la causal.

Señaló que el demandado se inscribió el día 9 de diciembre de 2013 como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Norte de Santander, Corporación legislativa en la que fue elegido el 9 de marzo de 2014. De conformidad con los artículos 108, 114, 145 y 148 de la Constitución, no cabe duda que la Cámara de Representantes es una Corporación pública que integra el Congreso de la República, cumpliéndose así el segundo elemento de la causal.

Manifestó que al cotejar los periodos de las Corporaciones a las que fue elegido el señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ (Asamblea departamental y Cámara de Representantes) se encontró que coinciden parcialmente entre el 20 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, encontrando demostrado el tercer elemento de la causal de inelegibilidad contenida en el numeral 8 del artículo 179 de la C. P.

Explicó el demandante que las normas constitucionales vigentes imponen un régimen severo de inhabilidades e incompatibilidades a los Congresistas, en especial prohíbe la acumulación de cargos y dignidades públicas a efectos de que el elegido se concentre en cumplir las propuestas para el cargo al que se sometió el escrutinio popular y honrar la confianza en él depositada. Es por ello que cuando la prohibición constitucional consagra la protección para la elección en todo el "periodo" constitucional del cargo o Corporación, puede inactivarse tal causa de inelegibilidad con la simple renuncia a uno de los cargos que genera la coincidencia del periodo con el otro cargo o Corporación. Por ello cuando fue elegido como Diputado a la Asamblea departamental de Norte de Santander, lo fue por todo el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de diciembre del 2015, por lo que con su renuncia defraudó la confianza de los electores que lo escogieron como su representante en esa Corporación administrativa territorial.

En apoyo de lo anterior, el actor manifestó que distintas normas constitucionales como los artículos 132, 138, 142, 375 y por supuesto el 179 se refieren al "periodo" como una figura institucional y no personal, de carácter objetiva que no está sujeta a la libre disposición de quien lo ostenta. Por otra parte el propio artículo 179 distingue entre los cargos de elección popular (num. 8) y los que no lo son (num. 2), admitiendo la posibilidad de renuncia solo para estos últimos por cuanto en los primeros existe un vínculo mucho más sólido y comprometido entre el elector y el elegido, impidiendo que la elección inicial sirva como trampolín para una segunda elección en desmedro del cargo para el que fue inicialmente escogido, generándole una mayor responsabilidad política ante la sociedad, cuya demostración le acarrea la nulidad de su elección.

Por otro lado reseñó el demandante que la disposición del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 es incompatible con las normas de la Carta Política y el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1994 resulta hoy en día disminuido en atención a la realidad social cambiante y al nuevo panorama electoral delineado por los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, así como con la expedición de las leyes 136 de 1994 y 617 del 2000, normas que regulan las situaciones especiales en los municipios y en los departamentos respectivamente. Así, la salvedad de la inhabilidad solo funciona para los Concejales que aspiren a ser Congresistas mas no para los Diputados en virtud de los artículos 44 y 203 vigentes de la Ley 136 de 1994.

Finalmente, la parte actora alegó que se requiere un replanteamiento de la jurisprudencia sobre la aplicación del numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 dada por la sentencia C-093 de 1994 por cuanto es incompatible con las disposiciones reformadas por el Acto Legislativo 01 de 2003 y 01 de 2009 de la Carta Política lo que amerita activar una excepción de inconstitucionalidad y una superación del *obiter dicta* del Tribunal Constitucional planteado puntualmente en esa sentencia.

Segundo cargo

El demandado SANTOS RAMÍREZ se encuentra incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 291 de la Constitución Política por cuanto siendo Diputado a la Asamblea del departamento de Norte de Santander no podía aceptar cargo alguno en la administración pública, en concordancia con la extensión de la incompatibilidad por seis meses consagrada en el artículo 36 de la Ley 617 de 2000 contada desde la fecha en que le fue aceptada su renuncia, por lo que al resultar elegido como Representante a la Cámara se quebrantó la prohibición de elegir candidatos que no reúnan los requisitos constitucionales al tenor de lo dispuesto en el numeral 5º de la disposición 275 del CPACA²

Tercer cargo

El señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ se encuentra inhabilitado para ser Representante a la Cámara porque al percibir remuneración como servidor público, tanto cuando fue Diputado como ahora como Congresista, no podía actuar simultáneamente como propietario y gerente de la empresa RENTAMAS LTDA., la cual realizó gestiones, a través del demandado como representante legal de dicha empresa, ante el municipio de Cúcuta dentro de los seis meses anteriores a su elección, tales como pagos de sobretasas, impuestos municipales, etc., diligencias que por su calidad de Diputado o Congresista le generan un trato preferente y desigual frente a los ciudadanos comunes y corrientes del municipio, quedando incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución Política (fls. 2 a 25).

2 “Artículo 275. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...).
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causal de inhabilidad”.

2. Contestación de la demanda

Admitida la demanda mediante auto de 22 de mayo de 2014 (fls. 77 a 80), la parte pasiva a través de apoderado contestó el libelo oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y planteó el hecho de que para el cargo sobre inhabilidad por la gestión de negocios, **no se citaron las normas violadas y el concepto de violación**, circunstancia que el Despacho consideró como la proposición de la **excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales**³.

Indicó que no es procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del numeral 8º el artículo 280 de Ley 5ª de 1992 por cuanto sobre dicha norma ya se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 1994, en la cual declaró exequible sin ningún condicionamiento la disposición aludida. Señaló que no existe mérito para anular el acto que declaró elegido al demandado en razón a que no vulneró ninguna norma superior ni está incurso en circunstancia de inelegibilidad.

Frente al primer cargo alegó que lo que se pretende cuestionar en este proceso es la elección del señor SANTOS RAMÍREZ como Representante a la Cámara, razón por la cual el régimen de inhabilidades que le resulta aplicable es el previsto para los Congresistas en la Constitución Política y no el de los Concejales establecido en la Ley 136 de 1994, por lo que no es posible realizar interpretaciones extensivas o analógicas aplicando el régimen de Concejales para censurar la elección de un Congresista.

Por otro lado explicó que no se incurrió en el cargo endilgado de coincidencia de periodos porque su prohijado no se desempeñó como Diputado durante todo el periodo constitucional 2012-2015 al haber renunciado al cargo el 15 de octubre de 2013 antes de la inscripción de su candidatura a la Cámara de Representantes el día 9 de diciembre de 2014. Fue así como ante la falta absoluta en la curul, la Asamblea departamental realizó el acto de llamamiento a ocupar el cargo a quien no elegido, seguía en número de votos, tomara posesión y terminara el periodo constitucional. Agregó que, en armonía con lo anterior, el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 consagra la excepción de quienes estando en esa circunstancia renuncien formalmente a su cargo de Concejal o Diputado antes de la inscripción como candidato al Congreso configurando una falta absoluta que los excluye de la inhabilidad consagrada en el numeral 8º del artículo 179 de la C. P., posición asumida en la referida sentencia C-093 de 1994 y reiterada en múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado⁴. Por lo tanto, al haber sido presentada y aceptada la renuncia del señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ como Diputado meses antes de la inscripción como candidato al Congreso de la República, no se cumple con el requisito de la causal de inhabilidad concerniente a la coincidencia de periodos.

3 Auto de 16 de julio de 2014 visible a folio 162.

4 Entre otras sentencias, de Sala Plena del 5 de noviembre de 2002, Exp. 2002-0573-01 y de Sección Quinta de 24 de marzo de 2005, Exp. 2003-04839-01, 25 de octubre de 2005 Exp. 2003-01418-01, 13 de agosto de 2009 Exp. 2006-00011-00, 10 de marzo de 2011 Exp. 2010-00020-00.

En relación con el segundo cargo, advirtió la parte demandada que las incompatibilidades no son causales de nulidad electoral por lo que es errónea la aplicación que intenta el actor del artículo 36 de la Ley 617 de 2000, sino de responsabilidad disciplinaria tal como lo ha sostenido la Corporación⁵. Por otra parte, dijo que no puede fundarse la nulidad deprecada en el artículo mencionado aplicable a los Diputados, cuando lo que se está controvirtiendo en este proceso es la elección del señor SANTOS RAMÍREZ como Congresista cuyo régimen prohibitivo se encuentra en la Constitución Política. Indicó que en este punto se dio una falta de determinación de la norma violada y del concepto de violación porque no especificó cuál circunstancia de las establecidas en el artículo 34 de la Ley 617 de 2000 era la aplicable al caso concreto y se limitó a señalar el término de duración de la incompatibilidad contenido en la disposición 36 de la misma ley.

Con respecto al tercer cargo, expresó que a la fecha de la contestación de la demanda (27 de junio de 2014) el señor Santos Ramírez no ha tomado posesión del cargo de Representante a la Cámara, por lo que no puede predicarse una incompatibilidad con el ejercicio de tal dignidad. Aseguró que el demandado no ocupa empleo o cargo en la empresa RENTAMAS LTDA. como se comprueba en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta. Anotó que en este punto no se citaron las normas violadas ni se explicó la violación sobre la supuesta “gestión de negocios” del demandado. Agregó que, el hecho de los pagos de sobretasa bomberil, retención ICA, derechos de sistematización y liquidación del impuesto de Industria y Comercio no se encuentra probado dentro del proceso y dicha circunstancia se realiza en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, lo cual hace improcedente la aplicación de la causal de nulidad endilgada en este cargo (fls. 133 a 154).

3. La audiencia inicial

En la audiencia inicial que se celebró el 29 de agosto de 2014, se resolvió la excepción de inepta demanda, se saneó el proceso, se fijó el litigio y se decretaron pruebas (fls. 203 a 214).

En relación con la excepción el Despacho consideró que no estaba llamada a prosperar por cuanto a folios 16 y 17 de la demanda se evidenciaba que el actor expuso y explicó en qué consistía la supuesta *gestión de negocios ante autoridades públicas* que generaba la inhabilidad endilgada. De igual forma concluyó que en el respectivo acápite de normas violadas del libelo, se citó el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución Política como disposición infringida, aun cuando en el momento de explicar el sentido de la vulneración dicha norma no haya sido desarrollada con la suficiente y rigurosa técnica jurídica, por lo que en el asunto concreto la demanda no carece por completo de los requisitos y cargas que impone el numeral 4º del artículo 162 del CPACA. Agregó que la imputación sobre la generalidad del cargo y la adecuación de la causal de inhabilidad

al caso concreto, eran asuntos que deberían dilucidarse en la sentencia y no al momento de resolver la excepción (fls. 211 a 213).

Frente a la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de súplica que fue resuelto por el resto de integrantes de la Sección Quinta en providencia de 23 de octubre de 2014, en la cual se confirmó la determinación de declarar no probada la excepción de inepta demanda (fls. 223 a 230).

El litigio fue fijado en los siguientes términos (fls. 252 y 253):

“Determinar si es nulo el formulario electoral E-26 CAM de 20 de marzo de 2014, en cuanto declaró la elección del señor JOSÉ NEFALÍ SANTOS RAMÍREZ como Representante a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander para el periodo constitucional 2014-2018 con fundamento en los cargos de violación expuestos por el actor, a saber: i) “Violación al régimen de inhabilidades - Inelegibilidad simultánea”, inaplicando por inconstitucional el artículo 280-8 de la Ley 5ª de 1992 y, ii) “Violación al régimen de inhabilidades - Intervenir en la gestión de negocios ante entidades públicas” y no admitió fijar el litigio con base en el cargo que el actor denominó Violación al régimen de incompatibilidades - No podrán aceptar cargo alguno.

En este punto, la Conseja (sic) Ponente precisó, que ha sido criterio reiterado de esta Corporación señalar que la violación al régimen de incompatibilidades NO genera la nulidad de un acto electoral, pues a diferencia de las inhabilidades, que constituyen impedimentos para el ejercicio de un empleo, las incompatibilidades son circunstancias que ocurren con posterioridad a la elección, el nombramiento o la posesión.

(...)

Por lo anterior, concluyó diciendo que no resulta plausible, como lo quiere el actor, asimilar las inhabilidades a las incompatibilidades y derivar para las segundas, la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico para las primeras, máxime en un asunto como este donde el actor pretende que el estudio de la nulidad de la elección de un Congresista se realice con base en normas que regulan las incompatibilidades de los Diputados”.

4. Alegatos de conclusión

4.1. La parte demandante

En escrito presentado el 9 de marzo del presente año, el demandante fundamentó su alegato respecto del primer cargo sobre coincidencia de periodos, advirtiendo que la sentencia de 30 de octubre de 2014 proferida por la Sección Quinta dentro del expediente 2014-00054, en la que se estudió un cargo de nulidad similar al propuesto en este proceso, no estudió,

⁵ Sentencia de 19 de enero de 1996, Exp. 1490, 26 de febrero de 1996 Exp. 1513, 3 de marzo de 1998, Exp. 1952, 6 de mayo de 1999, Exp. 2233 y 30 de noviembre de 2001 Exp. 2721.

como se propone en este caso, la confrontación del numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 con lo dispuesto por los artículos 44 y 203 de la Ley 136 de 1994, normas que junto con la Ley 617 de 2000 se constituyen en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Ediles, proferidas con posterioridad a la sentencia C-093 de 1994 y que consagraron como única excepción a la inhabilidad de “coincidencia de periodos” el caso de los Concejales y que no cubre a los Diputados de las Asambleas departamentales por virtud de que en la Ley 617 de 2000 nada se dijo sobre ello.

Por otro lado señaló que los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009 intentaron incluir en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución, la circunstancia de que la renuncia no eliminara la inhabilidad, proposiciones que fueron declaradas en ambos casos inexequibles por la Corte Constitucional, pero por cuestiones de forma dejando a salvo el espíritu del constituyente.

Sobre la gestión de negocios, manifestó que en el libelo se sustentó dicho cargo en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución. Añadió que el pago que gestionó el demandante no lo hizo como ciudadano sino como representante legal de la empresa RENTAMAS LTDA. contraviniendo la prohibición aplicable a los Diputados e incurriendo en una posible responsabilidad disciplinaria que debe ser comunicada a la Procuraduría General de la Nación. Agregó que la sociedad RENTAMAS LTDA. se afilió a la Lonja de Propiedad Raíz de Norte de Santander y Arauca, persona jurídica que ha celebrado contratos con la Gobernación de Santander, la Alcaldía de Cúcuta y otras organizaciones estatales, por lo que se configuró el hecho de contratar por interpuesta persona.

Indicó además que, el demandante al haber fungido como Diputado obtenía una remuneración o salario incompatible con cualquier otro emolumento como lo era, la contraprestación como propietario, gerente y representante legal de la empresa RENTAMAS LTDA.. Finalmente, explicó que se transgredió el numeral 5º del artículo 275 del CPACA al haber sido elegido el señor SANTOS RAMÍREZ quien no reunía las calidades y requisitos de elegibilidad, en especial el consagrado en el artículo 291 de la C. P. porque siendo Diputado aceptó otro cargo (Congresista) de la administración pública en el entendido que en ocasiones la rama legislativa también cumple función administrativa. Por ello en aplicación a la extensión de la incompatibilidad consagrada en el artículo 36 de la Ley 617 de 2000, no podía dentro de los 6 meses siguientes a su renuncia como Diputado, aceptar cargo alguno, evento que se consolidó con su elección como Representante a la Cámara el 9 de marzo de 2014 (fls. 367 a 375).

4.2. La parte demandada

En memorial presentado el 25 de febrero de 2015 (fls. 321 a 331), el apoderado del señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ, alegó que en atención a que los mismos cuestionamientos

contenidos en la demanda fueron puestos a consideración en sede administrativa de la Autoridad Electoral, quien los negó mediante la Resolución 775 de 2014, dicho acto administrativo ha debido ser incluido en el petitum de la demanda, por lo que existe ineptitud, como lo recordó la Sección Quinta en sentencia de 10 de mayo de 2013 donde se demandó la elección de los Senadores de la República, situación que habrá de llevar a un fallo inhibitorio.

Insistió en que dentro del plenario está demostrado que el demandado no se desempeñó como Diputado durante todo el periodo constitucional 2012-2015 en virtud de su renuncia presentada el 15 de octubre de 2013 y aceptada ese mismo día y ratificada mediante la Resolución 033 de 29 de octubre de 2013, falta absoluta ante la cual fue llamado a ocupar el cargo por el resto del periodo quien seguía en votación en la lista del Partido Liberal colombiano. Reiteró que la jurisprudencia del Consejo de Estado tanto en procesos de pérdida de investidura como en los de nulidad electoral y de la Corte Constitucional han sido uniformes en considerar que la renuncia impide la configuración de la causal consagrada en el numeral 8º del artículo 179 de la C. P.º. Por lo tanto, no existió coincidencia de periodos ni simultaneidad de investiduras o dignidades, ya que la relevancia jurídica de la causal radica en el periodo efectivo ejercido por la persona y no en el periodo formal determinado en la Constitución o en la ley, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1994.

Frente al cargo tercero insistió en que existía vaguedad en la censura y falta de precisión en la norma, lo cual resulta indispensable dilucidar al hilo de la causal de inhabilidad que se endilga de “gestión de negocios”, por lo que no se permite en los procesos electorales una interpretación extensiva o analógica o una actuación oficiosa del juez para corregir la falencia de la demanda. Finalmente, reiteró que respecto al pago de tributos, tal actuación no configura una gestión de negocios porque esto se realiza en condiciones comunes a los demás ciudadanos en cumplimiento de una obligación legal. La causal supone el ejercicio de unas diligencias que reporten un beneficio o lucro que en el caso del pago de obligaciones fiscales no se presenta.

5. Concepto del Ministerio Público

El delegado del Ministerio Público solicitó que se tuvieran en cuenta, al momento de decidir el asunto, los planteamientos jurídicos de su escrito presentado dentro del proceso 2014-00032 y se negaran las pretensiones de la demanda (fls. 332 a 364).

En su escrito manifestó que el asunto por resolver se contrae a determinar si la elección del señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ, como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander es nula porque está incurso en las

6 El demandado citó las sentencias de la Sección Quinta de 8 de octubre de 2014 Exp. 2014-00032 y de 30 de octubre de 2014 Exp. 2014-00054; y de la Corte Constitucional C-572 de 2004 y C-040 de 2010.

inhabilidades consagradas en los numerales 8º y 3º del artículo 179 de la Constitución Política.

Indicó que en relación con el primer cargo atinente a la “coincidencia de periodos”, reitera y transcribe el concepto rendido dentro del proceso 2014-00032-00 cuya demandante fue la señora Adriana Segura González contra la elección del señor Carlos Rivera Peña Zapata como Representante a la Cámara por el departamento de Risaralda⁷, en el cual se estudiaron aspectos idénticos a los que ahora se plantean. Recordó lo afirmado por la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1994 sobre la aplicación de la prohibición del numeral 8º del artículo 179 de la Constitución a cualquier ciudadano de elegirse Congresista si está ejerciendo como servidor público excepto como Senador o Representante a la Cámara, por lo que la renuncia previa a la nueva elección hace inaplicable la inhabilidad. De igual manera citó la sentencia C-332 de 2005 en la cual el Alto Tribunal reiteró que el numeral 8º del artículo 179 de la Carta se encuentra vigente e interpretado debidamente en el fallo C-093 de 1994 en especial en lo relacionado con la salvedad de la renuncia establecida en el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992. Concluye, luego de transcribir extensamente pronunciamientos judiciales anteriores, que el sentido que debe dársele a la disposición es el que ha constituido jurisprudencia reiterada y conforme a la cual la renuncia presentada al cargo enerva los efectos de la prohibición constitucional⁸, por lo que en el caso concreto, al haber dimitido el señor SANTOS RAMÍREZ a su curul como Diputado a la Asamblea departamental de Norte de Santander, no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad que genere la nulidad endilgada.

Con respecto al cargo sobre “gestión de negocios”, como inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 179 de la Carta Política, adujo el Procurador Delegado que las supuestas gestiones que realizó el demandado como representante legal de la empresa RENTAMAS LTDA., serán limitadas, como se fijó en la audiencia inicial, al pago de los impuestos a que alude el demandante. Indicó que la gestión de negocios implica una conducta dinámica, positiva y concreta que no se puede presumir, la cual debe presentarse 6 meses antes de la inscripción a la elección, como diligencias encaminadas y ejercidas directamente por el candidato dirigidas a obtener un beneficio de lucro o extrapatrimonial de parte de una entidad pública, pero que impliquen un rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos y le den una ventaja electoral ilegítima⁹. Finalizó diciendo que en el caso concreto, el pago de los impuestos de Industria y Comercio, de sobretasa bomberil y de derechos de sistematización y liquidación son obligaciones gravables de las personas naturales y jurídicas

que desarrollen actividades en el respectivo municipio que configuren un deber legal para todos y que no conlleva ventajas o preferencias frente a otros contribuyentes. Indicó también que no existe prueba de los hechos imputados y que la vigencia de la persona jurídica se extendía solo hasta el 7 de julio de 2010, todo lo cual son razones suficientes para negar el cargo impetrado en contra del señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 149 del CPACA¹⁰, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia en atención a que la demanda pretende la anulación del formulario E-26 CAM, por medio del cual se declaró la elección del señor José Neftalí Santos Ramírez como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander.

2.2. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial¹¹, si la elección del demandado como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander es nula porque está incurso en las inhabilidades consagradas en los numerales 8º y 3º del artículo 179 de la Constitución Política correspondientes a la inelegibilidad simultánea por haber sido elegido Diputado y Representante a la Cámara en periodos que coincidían en el tiempo; y por intervenir en la gestión de negocios ante entidades públicas.

2.2.1. La inhabilidad contemplada en el numeral 8º del artículo 179 Constitucional

Dispone la norma invocada por la parte actora:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas

(...)

Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, **si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente**”.

7 Proceso resuelto mediante sentencia de 8 de octubre de 2014 con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro.

8 En igual sentido citó el Ministerio Público las sentencias de la Sección Quinta de 25 de agosto de 2005 Exp. 2003-01418-01 y de 1º de julio de 2007 Exp. 2002-3991-00.

9 Sobre este punto citó las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado de 22 de octubre de 2002 PI-046 y de la Sección Quinta de 13 de septiembre de 2007 Exp. 3986 y de 5 de marzo de 2012 Exp. 2010-00025.

10 “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.: El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”.

11 Folios 246 a 260.

La Sala considera pertinente recordar en este momento el pronunciamiento de la Corte Constitucional vertido en la sentencia C-093 de 1994, con ocasión de la demanda por inconstitucionalidad instaurada contra el numeral 8° del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, que reprodujo literalmente un aparte del numeral 8° de la norma superior transcrita, decisión en la cual declaró su exequibilidad con fundamento en los siguientes argumentos, que por su importancia y claridad se transcriben *in extenso*:

“(…) En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de estas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Mediante el primero se configuran los casos en los

cuales una persona que pretende ostentar esta calidad de servidor público de la rama legislativa, no puede ser elegido cuando ocurra alguna de las circunstancias de que trata el artículo 179 de la Constitución Política. En lo concerniente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la misma Carta Fundamental, estas hacen relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso (Senadores y Representantes), durante el tiempo en que ostenten dicha calidad. Estas y la inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, generan la pérdida de la investidura de Congresista (artículo 183, numeral 1° de la C. P.).

De conformidad con el numeral 8°, del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión “nadie podrá”, para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación.

En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta Política según el cual “ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción”, sucesivo y descendente. (Sentencia D-236. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente

aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8º, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista.

Además, debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de su candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera, la falta absoluta para el resto del período, rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, la cual se presume en las gestiones que adelantaron ante las autoridades electorales”.

De igual forma merece la pena señalar que en dos oportunidades mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, se intentó reformar la prohibición contenida en el numeral 8º del artículo 179 de la Carta al hilo de incluir expresamente la eliminación de la salvedad sobre la renuncia como forma de dejar inane la inhabilitación. Sin embargo, en ambos casos la Corte Constitucional declaró la inexecutable de tales reformas, si bien bajo argumentaciones de forma, dejó claro que el criterio sobre tal salvedad ya había sido analizado por la jurisprudencia. En la sentencia C-332 de 2005 al estudiarse el Acto Legislativo número 01 de 2003, manifestó:

“(…) es claro que el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003 en ningún momento derogó el numeral 8º del artículo 179 de la CP, tan solo reiteró el texto constitucional por razones de claridad en el trámite legislativo. La norma del Acto Legislativo no alteró la vigencia del numeral 8º, únicamente adicionó una frase final y un párrafo.

En conclusión, el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde el momento en que fue expedido por la Asamblea Nacional Constituyente hasta el día de hoy, sin solución de continuidad.

Finalmente, como la presente sentencia se limitó a analizar los cargos formulados por la demanda presentada contra el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003, en razón a las violaciones por vicios de

procedimiento, no implica un pronunciamiento sobre si la renuncia elimina la inhabilitación. La jurisprudencia que ha interpretado los alcances del numeral 8º, se ha encargado de abordar la cuestión”. (subrayas y negrillas fuera de texto).

Y al decidir la demanda contra el Acto legislativo 01 de 2009 el Alto Tribunal en la sentencia C-040 de 2010 razonó así:

“(…) En consecuencia, deberá declararse la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 13. Así, en virtud de la declaratoria de inexecutable de aquella disposición y de manera análoga a como lo decidió esta Corporación en la sentencia C-332/05, la Corte advierte que el numeral octavo del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior significa que el texto del numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política se mantiene incólume desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad¹², pues las referidas decisiones aclararon que la interpretación sobre tal disposición era la abordada por la jurisprudencia. En especial el examen de justeza al ordenamiento superior realizado en la Sentencia C-093 de 1994 es una decisión de control “concreto” de constitucionalidad y que se caracteriza por: i) hacer tránsito a cosa juzgada absoluta; y, ii) tener efecto “erga omnes”, toda vez que la decisión allí contenida tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos. Tales características, llevan a la conclusión ineludible del imperioso cumplimiento, tanto para los ciudadanos como para el poder judicial, de la decisión allí contenida. Por otra parte al haberse controlado la disposición contenida en la “ley orgánica”¹³ (Ley 5ª de 1992), que completaba el dispositivo normativo del numeral 8º del artículo 179 constitucional, debe observarse obligatoriamente la interpretación sistemática y armónica entre la Constitución y la ley¹⁴.

Por ello, la inhabilitación contenida en el texto constitucional se debe entender en armonía con la salvedad establecida por el constituyente derivado en la Ley 5ª de 1992. En consecuencia, no puede la Sala optar por una interpretación que desconozca las prescripciones que trae dicha normativa, en lo que atañe a la inhabilitación por “coincidencia de períodos”.

12 Así se reiteró en la Sentencia SU-950 de 2014, proceso dentro del cual se cuestionó una decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado que resolvió negar las pretensiones con fundamento en los mismos argumentos sobre la inhabilitación del numeral 8º del artículo 179 de la Carta.

13 Según el artículo 151 de la Constitución, por medio de las leyes orgánicas “se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras”. En efecto la Ley 5ª de 1992 se dictó para expedir “el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”.

14 Recuérdese que las leyes orgánicas conforman el “bloque de constitucionalidad en sentido lato” y en esa medida, sirven como “parámetro de interpretación de la Constitución”. Sobre este punto puede verse el texto “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y de sus Reformas” de Manuel Quinche Ramírez, Editorial Universidad del Rosario. Tercera Edición. 2009. Pág. 120.

2.2.1.2. La jurisprudencia de la Sección Quinta

En este punto, la Sala se permite destacar que la Sección Quinta ha tenido una posición sólida, uniforme y reiterada, a partir del fallo de constitucionalidad C-093 de 1994 en el sentido que la salvedad contenida en el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 conlleva la inoperancia de la inhabilidad consagrada en el mismo numeral del artículo 179 de la Carta Política, y que tal estudio es cosa juzgada absoluta, razón por la cual tiene efectos erga omnes.

Sobre el particular, pueden encontrarse entre muchas, las sentencias de 24 de noviembre de 1999, Exp. 1891, M. P. Darío Quiñónez Pinilla; de 3 de mayo de 2002, Exp. 2000-0880-02, M. P. Mario Alario Méndez; de 25 de agosto de 2005, Exp. 2003-01418-01, M. P. Darío Quiñónez Pinilla; de 19 de julio de 2007, Exp. 2002-3991-00; de 10 de marzo de 2011, Exp. 2010-00020-00, M. P. Susana Buitrago Valencia; de 8 de octubre de 2014, Exp. 2014-00032-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro; de 30 de octubre de 2014, Exp. 2014-00054-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro y de 12 de marzo de 2015, Exp. 2014-00050-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

2.2.1.3. La excepción de inconstitucionalidad

Ahora bien, frente a la solicitud del demandante de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del aparte que consagra la salvedad a la prohibición del 179.8 de la Constitución dispuesto en la Ley Orgánica del Congreso de la República en el numeral 8º de la disposición 280, bajo el planteamiento de que las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 superaron los supuestos normativos del artículo constitucional, la Sala estima conveniente reiterar lo dicho en la sentencia de 15 de marzo de 2015 que decidió el proceso 2014-00050-00, afirmando que la sentencia C-093 de 1994 despachó el cargo sobre el supuesto **desconocimiento del espíritu del constituyente**, con la salvedad a la inhabilidad, al considerar que cuando se presenta renuncia al primer cargo antes de la inscripción para el segundo se *“configura una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, y por tanto, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8º, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...”*.

Como se dijo en el reciente fallo de la Sección Quinta, al analizar los fundamentos jurídicos de la sentencia C-093 de 1994¹⁵:

“1) El período para efectos de la prohibición que prevé el numeral 8º del artículo 179 constitucional es una noción abstracta, de la cual no puede predicarse una entidad jurídica propia y autónoma, sino que, por el contrario, solo adquiere relevancia cuando en realidad un individuo desarrolla dentro de determinado tiempo la respectiva función. Es decir, tal período está sometido

a lo que la Corte denomina acto condición, que en el caso concreto se circunscribe a que la persona entre efectivamente en el ejercicio de sus funciones.

2) Dentro de dicho contexto, cuando no se configura el ejercicio concreto y real del cargo por no tener lugar el acto de posesión o por separación definitiva, no puede pensarse que se configure la inhabilidad en cuestión, toda vez que no está presente el efectivo ejercicio de funciones.

3) Entonces, a fin de que se estructure la causal de coincidencia de períodos quien aspire a ser Senador o Representante a la Cámara no podrá encontrarse como Concejal o Diputado ni tener la calidad de servidor público al momento de la inscripción. En el primer evento, a efectos de que no se configure la inhabilidad el candidato debe haber formalizado la respectiva renuncia.

4) Dicha renuncia (debidamente aceptada) genera la vacancia absoluta del cargo y, por ende, ante dicha vacancia absoluta del cargo de concejal o diputado, **NO ES POSIBLE** que para ellos rija la prohibición que consagra el artículo 179-8 de la Constitución Política, toda vez que se entiende que el respectivo período en esas corporaciones **se extinguió**.

Por ende, al dimitente no se le puede seguir considerando servidor público, pues ya no ostenta esa calidad, lo cual impide que se encuentre inhabilitado.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional en la citada sentencia C-093 de 1994 implícitamente asume que la Ley 5ª de 1992 **no le introdujo** excepción ni condicionamiento alguno al numeral 8º del artículo 179 constitucional, pues parte de la base de que si se presenta la vacante absoluta en virtud de la renuncia debidamente aceptada, es evidente que no hay periodo en curso, razón por la que respecto del segundo cargo por elección o por nombramiento, no podría predicarse coincidencia alguna.

Bajo ese concepto, a juicio de la Corte el contenido del segundo párrafo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 es un aspecto inherente y propio de la naturaleza misma de la prohibición constitucional y no así un agregado que soslaya la inhabilidad.

Por lo mismo, no consideró que el legislador se extralimitara en sus funciones en contravía de la reserva constitucional que cobija el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, puesto que ante la falta absoluta generadora de vacancia (la renuncia) no puede predicarse período en curso y, por tanto, si este no existe **no rige la prohibición**”.

15 Sentencia de 15 de mayo de 2015, Exp. 2014-00050-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

Tal posición fue también recogida en la sentencia SU-950 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el alcance de la prohibición de coincidencia de períodos, en la cual afirmó:

“(…)

11. En consecuencia, cuando la renuncia es irrevocable, libre y espontánea, para la Corte no es posible limitar el derecho que tiene un servidor público para separarse definitivamente del empleo, por cuanto el derecho político a ocupar un cargo público supone necesariamente el derecho a renunciar al mismo, en tanto constituye un claro desarrollo de la libertad de la persona para decidir si permanece o no en el ejercicio de un empleo¹⁶.

(…)

La Carta consagró la renuncia debidamente aceptada como una causal de retiro del servicio para los miembros de las corporaciones públicas, con la cual se genera vacancia absoluta o definitiva del cargo y por lo tanto una separación efectiva del mismo, con lo que se genera la posibilidad de que el miembro de la corporación sea reemplazado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente al admitir que la renuncia aceptada configura vacancia absoluta del cargo¹⁷, del mismo modo fue considerado por la sentencia C-532 de 1993: la renuncia expresa y formalmente aceptada de un concejal o diputado, antes de su inscripción como candidato al Congreso, configura una falta absoluta en el cargo. Además la citada sentencia anotó que el acto de renuncia y las gestiones adelantadas ante las autoridades correspondientes están amparados por el principio de la buena fe (art. 83 C. P.).

(…)

24. De la reconstrucción anterior pueden obtenerse varios elementos hermenéuticos. **Con la renuncia debidamente aceptada se presenta la vacancia del cargo, es decir, quien ha renunciado ya no es titular del mismo, por lo tanto no podrían aplicarse inhabilidades derivadas de ese hecho**. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, para la Sala no existe hesitación alguna de que en el presente caso no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la renuncia a la que hace referencia el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 no está acorde con la finalidad que previó el constituyente, pues, como ya se expuso, el

ejercicio del cargo es personal y el periodo es institucional, razón por la cual no hay lugar a inaplicar con base en la excepción de inconstitucionalidad, la expresión “*salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente*”, contenida en el párrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, pues la propia Corte Constitucional avaló la justeza de esta a la Carta Política en el control de constitucionalidad que efectuó en la sentencia tantas veces citada.

2.2.1.4. Conclusión

De acuerdo con los razonamientos anteriores y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que, si bien está demostrado que el demandado JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ resultó elegido Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander para el periodo constitucional 2014-2018 según consta en el Formulario E-26 CA visible a folio 49 del expediente; que fue electo Diputado a la Asamblea del departamento de Norte de Santander para el periodo 2012-2015 como se verifica en la certificación del Secretario General de dicha Corporación administrativa obrante a folio 268; y, que presentó y le fue aceptada la renuncia a este cargo a partir del 31 de octubre de 2013¹⁸, **NO SE CONFIGURÓ** la inhabilidad contemplada en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política endilgada como causal de nulidad de su elección.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda fundadas en este primer cargo.

2.2.2. La inhabilidad contemplada en el numeral 3º del artículo 179 Constitucional

Dispone la norma invocada por la parte actora:

“**Artículo 179.** No podrán ser congresistas

(…)

3. Quienes hayan intervenido en **gestión de negocios ante entidades públicas**, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”.

La parte actora le endilga al señor SANTOS RAMÍREZ el haber fungido simultáneamente como Diputado y como gerente y propietario de la empresa RENTAMAS LTDA., y que en los seis meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander realizó gestiones ante el municipio de Cúcuta en favor del establecimiento de comercio del que es titular, relacionadas con el pago de los impuestos de Industria y Comercio, la sobretasa bomberil y el ICA (fl. 17).

Pues bien, la Sala en este momento se anticipa a afirmar que la pretensión relacionada con la inhabilidad consagrada en

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Sentencia C-093 de 1994 Ms. Ps. José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara.

¹⁸ Folios 270 a 275.

el numeral 3º del artículo 179 de la C. P. no tiene vocación de prosperidad, entre otras cosas porque dentro del plenario se echa de menos el material probatorio que acredite la incursión del demandado en dicha prohibición. En efecto, en el expediente aparece solo un documento suscrito el 8 de abril de 2010 de cesión de cuotas de una empresa llamada RENTAMAS LTDA¹⁹, donde aparece como representante legal el señor Santos Ramírez, advirtiendo la Sala que el acto que se juzga corresponde al Formulario E-26 CA que declaró elegido al demandado como Representante a la Cámara **para el periodo 2014-2018**, por lo que tal documento resulta superfluo para determinar algún tipo de inhabilidad respecto del cargo ejercido a partir del 20 de julio de 2014. Lo propio sucede con el certificado de existencia y representación adosado con la demanda que corresponde al 8 de abril de 2010, lo que no demuestra la realidad para el año 2014, o cuando menos seis meses antes, a la fecha de la elección del demandado como Congresista. Inclusive en el certificado de existencia y representación visible a folio 155 expedido el 4 de junio de 2014, se evidencia que el señor JOSÉ NEFTALÍ SANTOS RAMÍREZ fue relevado del cargo de gerente de la empresa el 27 de mayo de 2013 (fl. 157 vuelto), época en la cual no había sido elegido Representante a la Cámara para el periodo que se cuestiona en este proceso.

En gracia de discusión, debe reiterarse que en cuanto a la casual imputada, la jurisprudencia consolidada de esta Corporación tiene decantado el criterio de que los elementos que la configuran son: *i*) la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, *ii*) en interés propio o de terceros, *iii*) dentro de los seis meses anteriores a la elección y *iv*) en la misma circunscripción de la elección²⁰.

Ahora bien la "GESTIÓN" a efectos de configuración de la causal de inhabilidad, supone el despliegue de actividades y diligencias potencialmente efectivas, valiosas, útiles y trascendentes²¹ que impliquen un beneficio de lucro o extrapatrimonial, pero evidente y notorio, como por ejemplo provechos o ventajas que le representa intervenir en diligencias y trámites ante organismos públicos o en términos electorales, que le propicien una imagen preponderante ante el elector²².

También ha precisado la jurisprudencia que no todas las diligencias que se adelanten ante entidades públicas pueden ser consideradas a la luz del ordenamiento electoral como "gestión de negocios" porque no necesariamente conllevan el rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos o frente a los particulares que aspiren a celebrar un convenio con la administración pública, que es el bien jurídico que se pretende amparar con la prohibición constitucional. El hecho de pagar las obligaciones tributarias no es en sí un trámite que genere ventajas o preferencias desde el punto de vista electoral y que en el caso concreto, a pesar de no aparecer claramente tal situación, no se vislumbra ni siquiera de manera remota que haya existido un desequilibrio en la contienda electoral de marzo de 2014 en favor del ahora demandado.

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma no procede recurso alguno.

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

FALLA:

Primero: Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Rómulo Cornejo Jaimes en contra de la elección como Representante a la Cámara por el departamento de Norte de Santander del señor José Neftalí Santos Ramírez.

Segundo: Advertir a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

19 Folios 26 y 27.

20 Sentencia Sección Quinta de 29 de julio de 2004, Exp. 3413, M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

21 Sentencia Sala Plena de lo Contencioso de 21 de abril de 2009, PI 2007-00581.

22 Sentencia Sección Quinta de 13 de septiembre de 2007, Exp. 3986.

RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que rechazó la demanda de nulidad electoral por caducidad de la acción/CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - No se encuentra probada la fecha en que el acto de designación o nombramiento fue publicitado/ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - Nombramiento del director de jurisdicción coactiva de la Contraloría General de la República

El punto que se debe analizar en este caso, tendiente a dilucidar el problema jurídico, consiste en determinar si operó o no la caducidad de la acción electoral.

Actualmente, el CPACA, el literal a), numeral 2º del artículo 164 dispone que para demandar el acto de designación en nulidad electoral se cuenta con treinta (30) días siguientes a la forma de socializar el acto, según sea el caso (en estrados si es en audiencia pública, publicación y/o confirmación) siendo claro que para los eventos de nombramientos y las demás designaciones que no se declaren en audiencia pública, aquel término se cuenta "a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código".

Pues bien, probatoriamente, en el caso concreto, la Sala echa de menos, la publicación del acto de nombramiento conforme las voces de las normas del art. 164 numeral 2 literal a) y artículo 65 inciso 1º y párrafo.

Así, las cosas y dada la cronología de los hechos probados, no puede entenderse que el término de caducidad se cuente desde la fecha de expedición del acto de designación, pues para ese entonces, ni siquiera para el nombrado es evidente su designación, pues hasta ahora está en el campo de la administración por ser esta la autora del acto que contiene su declaración de voluntad.

Tampoco, puede decirse, que es a partir de la comunicación, en tanto el propósito de esta es simplemente anunciar al beneficiado que ha sido designado, sin que tenga la entidad ni el propósito de publicitar el nombramiento a la comunidad en general y, menos, se sabe, a ciencia cierta, si el nombrado aceptará o no la designación.

Finalmente, la aceptación tampoco puede ser parámetro para el conteo de la caducidad, porque aunque constituye el primer cruce efectivo entre el nominador y el designado, precisamente aún se encuentra en la órbita privada de ambas partes, sin que tenga la suficiente entidad para predicarse como la divulgación pública del nombramiento.

Teniendo claro lo anterior, la Sala encuentra que la providencia impugnada, en forma errada, indica que la comunicación del nombramiento se hizo el 11 de agosto de 2014, pero la prueba documental da cuenta de que fue el 12 de agosto.

Por otra parte, el Tribunal comenzó el conteo de la caducidad desde el 12 de agosto, arrojando como límite máximo el 23 de septiembre de 2014, encontrando entonces caducada la acción electoral, cuya demanda se radicó el 26 de septiembre de 2014.

Para la Sección Quinta del Consejo de Estado, conforme a lo explicado y considerado en precedencia y a partir de la normativa y de los fundamentos fácticos probados, la providencia debe ser revocada, no solo por la fecha errada que el Tribunal asume como día de inicio para el conteo de la caducidad (11 de agosto de 2014), sino porque en esta etapa del proceso y en el caso *sub lite* aún se carece de elementos probatorios que permitan tener la seguridad y certeza de que el acto de designación o nombramiento efectuado por una entidad nacional, como en efecto lo es la Contraloría General de la República, haya sido publicitado conforme las voces del artículo 164 numeral 2 literal a), en armonía con el inciso 1º y párrafo del artículo 65, que permita al juez de la nulidad electoral asegurar que la demanda fue presentada en forma extemporánea.

En consecuencia, la decisión se revocará en lo referente a la caducidad y por ser este uno solo de los presupuestos procesales de la acción, que imposibilitó al Tribunal *a quo* el estudio de los demás presupuestos procesales y formales necesarios para que el proceso continúe en la jurisdicción, no es posible para esta Sala entrar a pronunciarse sobre la admisión en general, que corresponde al Tribunal, una vez sean devueltas las diligencias.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 65, inciso 1º/Ley 1437 de 2011 - artículo 164 numeral 2

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01626-01

Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez

Demandado: Contraloría General de la República

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 12 de febrero de 2015, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, rechazó la demanda de nulidad electoral por caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

La demanda

El señor Miguel Augusto Medina Ramírez, actuando en nombre propio, presentó demanda el 26 de septiembre de 2014, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de anular

el acto de nombramiento del señor Néstor Fabián Castillo Pulido, en el cargo de Director de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante auto de 12 de febrero de 2015, rechazó la demanda por caducidad de la acción. Como fundamento de su decisión consideró que mediante la Resolución No. ORD-81117-001498-2014 de 11 de agosto de 2014, la Contraloría General de la República nombró, en período de prueba, al señor Castillo Pulido, en el cargo de Director, Nivel Directivo, grado 03 de la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva; que el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 otorga un término de caducidad de 30 días contados a partir del día siguiente de la publicación, término que se encontraba vencido al momento de presentar la demanda, toda vez que el acto de nombramiento se expidió el 11 de agosto de 2014 y se comunicó al nombrado en esa misma fecha, así que el término de demanda oportuna empezó a correr el día siguiente (12 de agosto) y venció el 23 de septiembre de 2014 y la demanda se presentó el 26 de septiembre siguiente, siendo evidente la extemporaneidad en su presentación.

El recurso de apelación

El demandante interpuso recurso de apelación contra el citado auto. Manifestó que el Tribunal tomó erradamente como fecha cierta para iniciar el conteo de la caducidad el día 11 de agosto de 2014, con fundamento en el supuesto reporte de correo electrónico, que contiene los datos del emisor José Vicente Ordóñez Chávez, el cual no incluye como destinatario al nominado “a menos que el correo personal sea legalsergiomedina@hotmail.com, situación que desconozco, que además es un documento que genera suspicacias por cuanto que tiene que ver toda esa cadena de copias del envío diferentes al nombrado, y que su registro tenga leves diferencias en el tamaño de letra, y asimismo quién es la persona que envía el documento, es una persona o funcionario que tiene la función de notificación” (fl. 81). Además, no se advierte registro de entrega y la entidad aceptó que el nombramiento se comunicó el 15 de agosto de 2014.

Indicó que la Contraloría General de la República, publicó la lista de elegibles contenida en la Resolución 1483 de 8 de agosto de 2014, que fue publicada ese mismo día y fijó un término de publicación de cinco (5) días hábiles en la página web; por tanto, el término de caducidad solo puede computarse una vez extinguido este plazo de los cinco días, es decir, que terminó el 15 de agosto de 2014. Siendo así, el término de caducidad venció el lunes 29 de septiembre de 2014 (fls. 81 a 84).

CONSIDERACIONES

La competencia

Esta Sala es competente para conocer de la apelación del auto que rechaza la demanda por caducidad de la acción, de conformidad con el artículo 243 numeral 1º del CPACA que

dispone que es apelable el auto que rechace la demanda, en armonía con el artículo 150 *ibídem* que consagra que el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones de los autos susceptibles de ese medio de impugnación proferidos por los Tribunales.

El caso concreto

El punto que se debe analizar en este caso, tendiente a dilucidar el problema jurídico, consiste en determinar si operó o no la caducidad de la acción electoral.

Actualmente, el CPACA, el literal a), numeral 2º del artículo 164 dispone que para demandar el acto de designación en nulidad electoral se cuenta con treinta (30) días siguientes a la forma de socializar el acto, según sea el caso (en estrados si es en audiencia pública, publicación y/o confirmación) siendo claro que para los eventos de nombramientos y las demás designaciones que no se declaren en audiencia pública, aquel término se cuenta “a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código”.

Por su parte, el inciso 1º del artículo 65 precitado, en su literalidad dispone: “Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial* o en las gacetas territoriales según el caso.// Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.// Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.// En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el *Diario Oficial*, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.// Parágrafo. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular”.

El contenido de la norma pretranscrita es *sui generis*, si se tiene en cuenta que su temática principal versa sobre los actos administrativos de carácter general, los que tradicionalmente y de antaño eran publicitados mediante la inserción en el *Diario Oficial* o por los medios de divulgación de las entidades públicas, pero finalmente, y en un contenido no acorde con el marco temático general, desciende a la publicidad de actos de designación (nombramientos y elecciones), cuya naturaleza es de índole particular.

No obstante, lo cierto es que el operador jurídico debe ceñirse a la orden normativa, por escindida que parezca la materia regulada, por cuanto no se advierte inconstitucionalidad o ilegalidad que haga viable inaplicar el dispositivo, como acontece en este caso, en tanto, por regla general, la publicidad en el *Diario Oficial* o

en medio de divulgación de la entidad pública, se advierte más garantista que otras formas de notificación no masivas.

Pues bien, probatoriamente, en el caso concreto se observan los siguientes fundamentos fácticos probados:

Resolución ORD-81117-001498-2014 de 11 de agosto de 2014 "por la cual se realiza un nombramiento en período de prueba", en el que se designó al demandado NÉSTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO, en el cargo de Director, nivel Directivo, grado 03 de la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva. El designado podrá ingresar a la carrera mediante la inscripción en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa de la Entidad, una vez superada la Evaluación de Desempeño del período de prueba. Dispone que rige a partir de la fecha de su expedición (fls. 59 a 60).

Con fecha 12 de agosto de 2014, la Gerencia de Talento Humano comunica el nombramiento al señor Castillo Pulido (fls. 61 a 63).

El 13 de agosto de 2014, NÉSTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO, en comunicación suscrita por él, acepta el nombramiento e informa a la Dirección de Gestión de Talento Humano que tomará posesión dentro de los 10 días siguientes a la fecha de aceptación (fl. 64).

La Sala echa de menos, la publicación del acto de nombramiento conforme las voces de las normas pretranscritas (art. 164 numeral 2 literal a) y artículo 65 inciso 1º y párrafo).

Así, las cosas y dada la cronología de los hechos probados, no puede entenderse que el término de caducidad se cuente desde la fecha de expedición del acto de designación, pues para ese entonces, ni siquiera para el nombrado es evidente su designación, pues hasta ahora está en el campo de la administración por ser esta la autora del acto que contiene su declaración de voluntad. Tampoco, puede decirse, que es a partir de la comunicación, en tanto el propósito de esta es simplemente anunciar al beneficiado que ha sido designado, sin que tenga la entidad ni el propósito de publicitar el nombramiento a la comunidad en general y, menos, se sabe, a ciencia cierta, si el nombrado aceptará o no la designación. Finalmente, la aceptación tampoco puede ser parámetro para el conteo de la caducidad, porque aunque constituye el primer cruce efectivo entre el nominador y el designado, precisamente aún se encuentra en la órbita privada de ambas partes, sin que tenga la suficiente entidad para predicarse como la divulgación pública del nombramiento.

Teniendo claro lo anterior, la Sala encuentra que la providencia impugnada, en forma errada, indica que la comunicación del nombramiento se hizo el 11 de agosto de 2014, pero la prueba documental da cuenta de que fue el 12 de agosto (véase folios 61 a 62). Por otra parte, el Tribunal comenzó el conteo de la caducidad desde el 12 de agosto, arrojando como límite máximo el 23 de septiembre de 2014, encontrando entonces caducada la acción electoral, cuya demanda se radicó el 26 de septiembre de 2014.

Para la Sección Quinta del Consejo de Estado, conforme a lo explicado y considerado en precedencia y a partir de la normativa y de los fundamentos fácticos probados, la providencia debe ser revocada, no solo por la fecha errada que el Tribunal asume como día de inicio para el conteo de la caducidad (11 de agosto de 2014), sino porque en esta etapa del proceso y en el caso *sub lite* aún se carece de elementos probatorios que permitan tener la seguridad y certeza de que el acto de designación o nombramiento efectuado por una entidad nacional, como en efecto lo es la Contraloría General de la República, haya sido publicitado conforme las voces del artículo 164 numeral 2 literal a), en armonía con el inciso 1º y párrafo del artículo 65, que permita al juez de la nulidad electoral asegurar que la demanda fue presentada en forma extemporánea.

Lo anterior no obsta, para que si, en la oportunidad posterior se verifica con un suficiente acervo probatorio que la demanda no fue interpuesta en tiempo, se tome la decisión a que haya lugar, pero se reitera en este momento no es claro, manteniéndose en el campo de la incertidumbre si la presentación de la demanda fue o no oportuna.

En consecuencia, la decisión se revocará en lo referente a la caducidad y por ser este uno solo de los presupuestos procesales de la acción, que imposibilitó al Tribunal *a quo* el estudio de los demás presupuestos procesales y formales necesarios para que el proceso continúe en la jurisdicción, no es posible para esta Sala entrar a pronunciarse sobre la admisión en general, que corresponde al Tribunal, una vez sean devueltas las diligencias.

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA,

RESUELVE:

Primero. Revócase el auto de 12 de febrero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección, en el que se rechazó la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Miguel Augusto Medina Ramírez contra el nombramiento de NÉSTOR FABIÁN CASTILLO PULIDO, en el cargo de Director, nivel Directivo, grado 03 de la Dirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

Segundo. Ejecutoriado este auto regrese el expediente al Tribunal de origen para que resuelva sobre la admisión de la demanda conforme a la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Consejera

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

**PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda/
NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA
DEMANDA - forma en la que debe notificarse.**

El artículo 277 del CPACA señala la forma en la que debe notificarse el auto admisorio de la demanda electoral. En el numeral 1 señala los pasos para notificar personalmente al elegido o nombrado, especialmente cuando se trate de causales referidas a falta de calidades y requisitos, o situaciones inherentes al candidato, llamadas causales subjetivas.

En dicho caso, la notificación debe surtir “en la dirección suministrada por el demandante” (literal a). Pero si el demandante manifiesta que ignora la dirección, o habiéndola suministrado resulta imposible hacer la notificación personal dentro de los dos días siguientes, la misma se hará mediante aviso que se publicará por una vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción (literal b), en la forma como se señala en el literal c), en el cual se especifica que el citado aviso también servirá para informar a la comunidad sobre la existencia del proceso. Hasta ahí la disposición alude a la forma como debe notificarse el auto admisorio de la demanda, en el caso de que se trate de causales subjetivas, es decir, referidas a las calidades y requisitos del elegido o nombrado (causales 5 y 8 del art. 275 *ibidem*).

Luego el literal d) del citado numeral 1 del artículo 277 del CPACA indica el procedimiento para la notificación del auto admisorio, cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 del mismo Código, relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, o sea las llamadas causales objetivas.

Ese literal aclara que en este tipo de demandas se entenderán demandados todos los ciudadanos que resultaron elegidos por los actos que se piden anular, a quienes se les notificará la providencia por aviso “en los términos de los literales anteriores”.

El literal e) siguiente señala textualmente que “Los partidos y movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos quedarán notificados mediante la publicación de los avisos aludidos”.

El literal f) alude al momento a partir del cual empieza a correr el traslado al demandado, y el literal g) consagra la consecuencia en el caso de no acreditar las publicaciones de prensa. Los numerales 2, 3, 4 y 6 señalan la obligación de notificar igualmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción según el caso, al Ministerio Público, al actor y al Presidente de la respectiva corporación cuando se trate de elección por voto popular.

El numeral 5 indica que debe informarse a la comunidad sobre la existencia del proceso, a través de la respectiva página web o de otros medios eficaces. De la redacción del aludido

numeral 1º del artículo 277 del CPACA, especialmente de los literales d) y e), se desprende que la notificación a los partidos y movimientos políticos y a los grupos significativos de ciudadanos únicamente procede en el caso de que la demanda se estructure con base en las llamadas causales objetivas de nulidad, caso en el que la notificación a todos los demandados se hace mediante aviso, el cual también cumple la función de notificar a las citadas agrupaciones políticas.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00

Actor: Pablo Bustos Sánchez

Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral

Atendiendo al informe secretarial y al memorial que obran a folios 257 y 258, procede el Despacho¹ a resolver lo pertinente, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Forma de surtir la notificación del auto admisorio en el proceso electoral

El artículo 277 del CPACA señala la forma en la que debe notificarse el auto admisorio de la demanda electoral.

En el numeral 1º señala los pasos para notificar personalmente al elegido o nombrado, especialmente cuando se trate de causales referidas a falta de calidades y requisitos, o situaciones inherentes al candidato, llamadas causales subjetivas. En dicho caso, la notificación debe surtir “en la dirección suministrada por el demandante” (literal a).

Pero si el demandante manifiesta que ignora la dirección, o habiéndola suministrado resulta imposible hacer la notificación personal dentro de los dos días siguientes, la misma se hará mediante aviso que se publicará por una vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción (literal b), en la forma como se señala en el literal c), en el cual se especifica que el citado aviso también servirá para informar a la comunidad sobre la existencia del proceso.

Hasta ahí la disposición alude a la forma como debe notificarse el auto admisorio de la demanda, en el caso de que se trate de

¹ Aunque una de las órdenes a las que se hará referencia está contenida en el auto admisorio que se profirió por la Sala, atendiendo a que se trata de un tema de notificación y no atañe a lo resuelto sobre la solicitud de suspensión provisional, esta decisión se adopta por el despacho de la ponente.

CAUSALES SUBJETIVAS, es decir, referidas a las calidades y requisitos del elegido o nombrado (causales 5 y 8 del art. 275 *ibídem*).

Luego el literal d) del citado numeral 1 del artículo 277 del CPACA indica el procedimiento para la notificación del auto admisorio, cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 del mismo Código, relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, o sea las llamadas **causales objetivas**. Ese literal aclara que en este tipo de demandas se entenderán demandados todos los ciudadanos que resultaron elegidos por los actos que se piden anular, a quienes se les notificará la providencia por aviso "en los términos de los literales anteriores".

El literal e) siguiente señala textualmente que "Los partidos y movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos quedarán notificados **mediante la publicación de los avisos aludidos**".

El literal f) alude al momento a partir del cual empieza a correr el traslado al demandado, y el literal g) consagra la consecuencia en el caso de no acreditar las publicaciones de prensa.

Los numerales 2, 3, 4 y 6 señalan la obligación de notificar igualmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción según el caso, al Ministerio Público, al actor y al Presidente de la respectiva corporación cuando se trate de elección por voto popular. El numeral 5 indica que debe informarse a la comunidad sobre la existencia del proceso, a través de la respectiva página web o de otros medios eficaces.

De la redacción del aludido numeral 1º del artículo 277 del CPACA, especialmente de los literales d) y e), se desprende que la notificación a los partidos y movimientos políticos y a los grupos significativos de ciudadanos únicamente procede en el caso de que la demanda se estructure con base en las llamadas causales objetivas de nulidad, caso en el que la notificación a todos los demandados se hace mediante aviso, el cual también cumple la función de notificar a las citadas agrupaciones políticas.

2. Caso concreto

Se recuerda que en el caso, en la demanda se imputan al demandado causales de inelegibilidad atinentes a no cumplir la exigencia de experiencia ni la de "buen crédito" que se requerían para el cargo al cual fue postulado y respecto del cual resultó elegido. O sea, se plantean causales "subjetivas" como fundamento de la ilegalidad del acto de elección del doctor ALEXÁNDER VEGA ROCHA.

Siendo ello así, la notificación del auto admisorio debió surtir conforme al numeral primero, literal a) del artículo 277 del CPACA, es decir personalmente a la dirección del demandado y, si fuere del caso, por los literales b) y c) de la misma disposición, o sea a través de aviso publicado en dos periódicos, el cual

también serviría de instrumento para enterar a la comunidad sobre la existencia del proceso.

En efecto, en el caso el demandado, doctor VEGA ROCHA, fue notificado en forma personal el 9 de diciembre de 2014 (fl. 162), por lo que no hubo necesidad de recurrir a la notificación por aviso.

Así las cosas, no resultan aplicables los literales d) y e) del mencionado artículo 277, y en consecuencia tampoco era necesario ordenar la notificación al "Partido de la U" de la providencia en la que se admitió la demanda de nulidad electoral.

Como así se hizo, se estructuró una irregularidad que debe corregirse, lo cual además generó otras situaciones, como la entrega del aviso y el requerimiento para que el demandante lo publicara.

Entonces, al haberse afectado el trámite procesal legalmente establecido para este tipo de demandas, con fundamento en los artículos 284 y 207 del CPACA se dejarán sin efecto el numeral 3. de la parte resolutive del auto admisorio del 27 de noviembre de 2014 y el auto del 16 de febrero de 2015, así como las actuaciones secretariales que se hicieron con base en esas órdenes.

Como consecuencia de ello, se negará la petición del apoderado del Congreso de la República, contenida en el memorial de 3 de marzo de 2015, teniendo además en cuenta que los errores en los que incurra el Juez no pueden extenderse a las partes, al punto de generar la terminación de un proceso a partir de una indebida orden de notificación.

Por otra parte se ordenará que por Secretaría se corra traslado de las excepciones, luego de lo cual volverá el expediente al despacho para lo pertinente.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

Primero. Dejar sin efectos el numeral 3. de la parte resolutive del auto admisorio del 27 de noviembre de 2014 y el auto del 16 de febrero de 2015, así como las actuaciones secretariales que se hicieron con base en esas órdenes.

Segundo. Negar la solicitud que formuló el apoderado del Congreso de la República, contenida en memorial de 3 de marzo de 2015.

Tercero. Ordenar que por Secretaría se corra traslado de las excepciones, luego de lo cual se regresará el proceso al despacho para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase,

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

**PROCESO ELECTORAL - Suspensión provisional/
SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada. Ser
conjuez no comporta desempeño de cargo
público**

En cumplimiento del auto de 19 de marzo de 2015, mediante el cual la Sala revocó la decisión de rechazo por extemporánea de la solicitud de suspensión provisional proferida por este Despacho, procede a pronunciarse sobre la medida cautelar presentada por el ciudadano Carlos Mario Isaza Serrano contra el acto que declaró la elección del doctor Edgardo José Maya Villazón, como Contralor General de la República para el período 2014-2018. El memorialista indicó que el acto de elección debe ser suspendido en sus efectos porque sobre el elegido recaía la inhabilidad prevista en el artículo 267 de la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, porque durante el año anterior a su elección como Contralor General de la República, se desempeñó como conjuez de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Por lo tanto, indicó que no solo fue designado en cada caso mediante actos administrativos sino que también se posesionó para actuar como conjuez en varios procesos a cargo de las corporaciones judiciales mencionadas y suscribió las correspondientes providencias.

Vista la formulación de la medida cautelar, la Sala considera que en efecto, conforme a la normativa pretranscrita contenida en el artículo 61 de la Ley 270 de 1996, armonizada con el CPACA en sus artículos 115 y 116, la figura de los conjueces tiene un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; b) desempatar las decisiones jurisdiccionales y c) completar el quórum decisorio. En todo caso, dice el CPACA en forma clara, que no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. E incluso se plantea la remuneración y le asigna los mismos deberes y atribuciones a cargo de los Magistrados, lo cual conlleva las mismas responsabilidades.

Pues bien, lo cierto es que la medida cautelar pretende con base en la normativa invocada, reputar que el conjuez ejerce un cargo público, para efectos, de ingresar la situación del elegido en el campo de la inhabilidad por el ejercicio de cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación, conforme a las voces del artículo 267 constitucional cuando dispone: “No podrá ser elegido Contralor General quien haya ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección” Para la Sala, lo cierto es que esa censura como la planteó el memorialista es impróspera, toda vez que el ejercicio de la actividad de conjuez no encaja en la de ejercicio de cargo público, razón por la cual la hipótesis por él propuesta no se compadece del supuesto fáctico de la norma que contempla la incursión en la inhabilidad del artículo 267 constitucional cuya exigencia es el ejercicio de cargo público.

Ha de recordarse, que las inhabilidades son de aplicación estricta y restrictiva al supuesto fáctico que la norma prevé, sin que haya lugar a extensiones o analogías.

Por lo anterior, no se puede reputar al conjuez como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuez en las Altas Cortes. En consecuencia, esta censura que sustenta la suspensión provisional, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

Nota de Relatoría: Sentencia de 5 de junio de 2012. Rad. 2010-00115-00. M. P. Alberto Yepes Barreiro.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00

Actor: Carlos Mario Isaza Serrano

Demandado: Contralor General de la República

En cumplimiento del auto de 19 de marzo de 2015, mediante el cual la Sala revocó la decisión de rechazo por extemporánea de la solicitud de suspensión provisional proferida por este Despacho, procede a pronunciarse sobre la medida cautelar presentada por el ciudadano Carlos Mario Isaza Serrano contra el acto que declaró la elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, como Contralor General de la República para el período 2014-2018.

I. ANTECEDENTES

1.1. Por auto de 15 de octubre de 2014, este Despacho admitió la demanda que presentara el señor Carlos Mario Isaza Serrano, el día 30 de septiembre de 2014², contra el acto antes referido.

1.2. La **solicitud de suspensión provisional**: presentada el día 2 de octubre de 2014³, en escrito separado⁴ y con fundamento en que el acto de elección transgredió el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, en cuanto el elegido no reunía las condiciones constitucionales de elegibilidad, pues ocupaba durante el año inmediatamente a su elección como Contralor, el cargo público de conjuez de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

² Folio 23.

³ Folio 130.

⁴ Folios 127 a 130.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer en única instancia de la presente solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección demandado, en atención a la autoridad que lo profirió, conforme con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 149 del CPACA, en armonía con los artículos 229 *ibidem* y siguientes y 277 inciso último del mismo ordenamiento.

2. Suspensión provisional

2.1. Generalidades

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez queden en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁵ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente solo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año de 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “*suspensión provisional*”.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud*”

⁵ González Rodríguez Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado –siempre que se encuentre en término para accionar– o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁶.

Por otra parte, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar se toma en el auto admisorio, lo cual evidencia la misma efectividad que aquellas medidas catalogadas como de urgencia por el artículo 234 del CPACA.

2.2. Caso concreto

El memorialista indicó que el acto de elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN como Contralor General de la República debe ser suspendido en sus efectos porque sobre el elegido recaía la inhabilidad prevista en el artículo 267⁷ de la

⁶ Artículo 299 inciso segundo del CPACA.

⁷ “Artículo 267 Constitución Política. El control fiscal es una función pública (...)

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Solo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor a 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

Constitución Política y en el artículo 59⁸ de la Ley 42 de 1993, porque durante el año anterior a su elección como Contralor General de la República, se desempeñó como conjuer de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Por lo tanto, indicó que no solo fue designado en cada caso mediante actos administrativos sino que también se posesionó para actuar como conjuer en varios procesos a cargo de las corporaciones judiciales mencionadas y suscribió las correspondientes providencias.

Aseveró que el artículo 61⁹ de la Ley 270 de 1996 regula la figura de los conjueres que prevé que solo pueden ser designados quienes reúnan los requisitos para desempeñar transitoriamente el cargo en propiedad, en el entendido de que el conjuer ocupará el cargo de servidor público de quien se desempeña en propiedad *“pero como la **disposición inhabilitante invocada como violada no distingue si el cargo público del orden nacional, desempeñado deba serlo de forma permanente o transitoriamente o en propiedad o en provisionalidad, es entendido que bajo la comprensión de la expresión cargo alguno, cuyo significado es indeterminado, es decir alusivo a todos los cargos del orden nacional que se encuentren en dichas condiciones, se encuentra comprendido el de conjuer, que en este caso por tratarse de corporaciones judiciales del orden nacional, es nacional**”* (fl. 129).

Trajo a colación la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, que se pronunció sobre la norma precitada desde la consideración de que los conjueres adquieren una calidad especial en el momento que aceptan su nombramiento, al estar en posibilidad de ser llamados a administrar justicia. Luego de dar su consentimiento mediante la aceptación debe posesionarse y prestar juramento y a partir de ese momento es un servidor público *sui generis* que ejerce funciones públicas transitoriamente.

Indicó que probatoriamente, acredita la inhabilidad del demandado, mediante la sentencia T-689 de 30 de septiembre de 2014, proferida con la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en la que el Dr. Maya Villazón actuó como conjuer.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos”.

8 Artículo 59 Ley 42 de 1993. “Para ser elegido Contralor General de la República se requiere, además de lo señalado por el artículo 267 de la Constitución Nacional, acreditar título universitario y haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años”.

9 Artículo 61 Ley 270 de 1996. “De los Conjueres. Serán designados conjueres, de acuerdo con las leyes procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales, las personas que reúnan los requisitos para desempeñar los cargos en propiedad, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados. Los conjueres tienen los mismos deberes que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de éstos”.

Vista la formulación de la medida cautelar, la Sala considera que en efecto, conforme a la normativa pretranscrita contenida en el artículo 61 de la Ley 270 de 1996, armonizada con el CPACA en sus artículos 115 y 116, la figura de los conjueres tiene un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; b) desempatar las decisiones jurisdiccionales y c) completar el quórum decisorio.

En todo caso, dice el CPACA en forma clara, que no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. E incluso se plantea la remuneración y le asigna los mismos deberes y atribuciones a cargo de los Magistrados, lo cual conlleva las mismas responsabilidades.

Pues bien, lo cierto es que la medida cautelar pretende con base en la normativa invocada, reputar que el conjuer ejerce un cargo público, para efectos, de ingresar la situación del elegido en el campo de la inhabilidad por el ejercicio de cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación, conforme a las voces del artículo 267 constitucional cuando dispone: *“No podrá ser elegido Contralor General quien haya ocupado **cargo público** alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección”* (subrayas y negrillas fuera de texto).

Para la Sala, lo cierto es que esa censura como la planteó el memorialista es impróspera, toda vez que el ejercicio de la actividad de conjuer no encaja en la de ejercicio de cargo público, razón por la cual la hipótesis por él propuesta no se compece del supuesto fáctico de la norma que contempla la incursión en la inhabilidad del artículo 267 constitucional cuya exigencia es el ejercicio de cargo público. Ha de recordarse, que las inhabilidades son de aplicación estricta y restrictiva al supuesto fáctico que la norma prevé, sin que haya lugar a extensiones o analogías.

Huelga recordar que la Sección Quinta ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el punto, en la sentencia de 5 de junio de 2012¹⁰, en la que a partir de un cargo similar al que hoy ocupa la atención de la Sala, frente a la elección de la doctora Morelli Rico como Contralora General, negó la declaratoria de nulidad electoral a partir de las siguientes consideraciones:

“Finalmente, no sobra anotar que no le asiste razón al coadyuvante cuando afirma en su escrito de coadyuvancia que la doctora Morelli Rico estaba inhabilitada para ejercer como Contralora General de la República, por haber ocupado cargo público del orden nacional en el año inmediatamente anterior a la elección, (...), nada impide señalar que los

10 Exp. 11001032800020100011500. Demandante: Diego Armando Carvajal Briñez. Demandado: Sandra Morelli Rico (Contralora General de la República). C. P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Con Sala de conjueres integrada por los Dres. Carlos Enrique Marín Vélez, Gilberto Orozco Orozco y Antonio José Lizarazo Ocampo.

cargos públicos son aquellos que generan un vínculo subjetivo con el Estado a través de las distintas formas de sujeción que se describen en el artículo 123 constitucional (...)// Abora bien, el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, la hubiese elegido como conjuéz, según Acta 006 de febrero 22 de 2010 (fls. 659 a 670), esa designación no la inhabilitaba para ejercer el cargo de Contralora General de la República por tres razones fundamentales, la primera, porque los conjuéces son particulares que ejercen temporal o transitoriamente la función jurisdiccional, ante el impedimento del juez natural para adoptar una decisión en un caso concreto, y del hecho que tomen posesión por una sola vez y se entienda que a partir de ella pueden ser sorteados cuando se les requiera, artículo 99A del Decreto 01 de 1984, no se colige que ejerzan y se reputen per se servidores públicos, pues su naturaleza jurídica se ajusta mucho más a la de particulares investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia y acompañar al juez impedido o recusado en la toma de decisión¹¹ (...). // Igual consideración merece el que hubiere fungido como árbitro hasta el 24 de agosto de 2010, porque esta función pública, al igual que la de conjuéz, no implica el ejercicio de un cargo sino de función pública, no proscrita por el precepto constitucional en comento. (...)// Para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República, el requisito de ejercicio de función pública por un término no inferior a 5 años, que exige la Ley 42 de 1993 se puede comprobar con el desempeño de un cargo o empleo público o por el desarrollo de actividades que comporten el ejercicio de función pública, en los términos de los artículos 116, 123 y 210 de la Constitución. Las entidades que postulan y eligen deben ser muy cuidadosas al momento de analizar el cumplimiento de este requisito, pues no todas las actividades per se implican el ejercicio de aquella” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Finalmente, tampoco la sentencia C-037 de 1996 invocada por el actor como sustento jurisprudencial de la solicitud cautelar indica expresamente que se trata de cargo público, toda vez que se refiere al conjuéz, utilizando las siguientes expresiones: “calidad especial”, “servidor público”, “servidor público especial, sui generis, pero servidor público” y “servidor público que ejerce funciones públicas transitoriamente”.

Por lo anterior, no se puede reputar al conjuéz como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuéz en las Altas Cortes.

En consecuencia, esta censura que sustenta la suspensión provisional, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 229, 231 y 277 inciso último del CPACA, la Sala,

RESUELVE

Primero. Negar la solicitud de suspensión provisional.

Segundo. Ejecutoriado este auto, **REGRESE** el expediente al Despacho de la Consejera instructora del proceso, para proceder a pronunciarse sobre el reconocimiento de coadyuvancias y personerías adjetivas y las demás decisiones a que haya lugar.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

Augusto Hernández Becerra

Conjuéz

Ausente con excusa

Jaime Córdoba Triviño

Conjuéz

11 (NOTA AL PIE EN EL TEXTO TRANSCRITO. “Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 25 de agosto de 1967. Consejero Ponente, doctor Enrique Acero Pimentel”).

PROCESO ELECTORAL - No procede suspensión procesal/PETICIONES IMPERTINENTES - Son consideradas como formas de dilatación del proceso/PETICIONES IMPERTINENTES - Se sancionarán con multa

Ahora es el apoderado del impugnador, como antes se indicó, quien solicita la suspensión del proceso con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 170 del C. de P. C., y para el efecto allega copia de una petición presentada, en el trámite de la acción de pérdida de investidura que cursa contra el señor Pedro Jesús Orjuela, por el Agente del Ministerio Público en la que requiere el “aplazamiento de la audiencia” con fundamento en que para verificar la ejecutoria de la sentencia penal por la cual fue condenado el señor Orjuela Gómez se requiere copia auténtica del expediente del proceso penal en donde se dictó el referido fallo. Al respecto, como ya lo expuso este despacho en dos ocasiones, la petición de suspensión del proceso resulta improcedente pues “...no está legitimado para incoarla como si se tratara de su derecho propio”; es decir, dicha petición excede las facultades que tiene el impugnador, como antes se explicó. Situación que también resulta predicable de la impugnación del auto por el cual se corre traslado para alegar de conclusión, pues también recae sobre el derecho, en este caso, del demandado toda vez que se trata de la providencia que concluye el debate probatorio, situación que entraña el ejercicio propio del demandante o de los demandados en el cual puede intervenir el Agente del Ministerio Público.

Sin perjuicio de lo anterior, considera el Despacho pertinente manifestar que el argumento en el cual se funda la presunta “ilegalidad” del auto en cuestión carece de todo asidero jurídico pues el togado se limitó a exponer que “...no puede correrse traslado para alegar y que el auto en comento es ilegal por: uno, no existe documento alguno que demuestre la existencia de condena alguna ejecutoriada o en firme que genere causal de inhabilidad y por ende razón para la declaratoria de nulidad de la elección...”. En efecto, resulta contrario de toda lógica y fundamento legal aducir que el hecho de no existir prueba suficiente que permita acreditar los supuestos de hecho y la pretensión de las demandas, es suficiente para alegar la legalidad del proveído que cierra el debate probatorio y corre traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, cuando se trata de un asunto que debe ser objeto de estudio y análisis por parte del juez, el cual se concluye en la sentencia.

Además, nótese que no se esgrime, por parte del peticionario, la omisión en la recolección de todas las pruebas decretadas o que las mismas se allegaron de manera indebida al plenario. En virtud de lo anterior se rechazarán por abiertamente improcedentes las peticiones presentadas por el apoderado del impugnador y, se le advierte que de insistir en la presentación de peticiones improcedentes, que solo dilatan el trámite del proceso, se dará aplicación al artículo 295 del CPACA.

Por otra parte, el Despacho autoriza, a costa del peticionario, que se expida copia de la declaración de la señora Blanca Lilia Clavijo de Barrera, que obra en medio magnético (CD), en razón de la solicitud que obra a folio 1135 del expediente suscrita por el apoderado del demandado.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 295

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00033-00

Actor: Eduardo Quiroga Lozano y otro

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Arauca

El Despacho Ponente por auto de 17 de abril de 2015 dispuso correr traslado a las partes de una prueba aportada por el demandante que había sido decretada en su oportunidad.

Asimismo, dicha providencia ordenó que surtida la anterior actuación, se corriera traslado a las partes para alegar de conclusión y para que el Agente del Ministerio Público rindiera su concepto.

En el término concedido para pronunciarse de la prueba aportada por la parte actora el apoderado del impugnador JORGE ALBERTO MÉNDEZ GARCÍA, manifestó que:

“...no puede correrse traslado para alegar y que el auto en comento es ilegal por: uno, no existe documento alguno que demuestre la existencia de condena alguna ejecutoriada o en firme que genere causal de inhabilidad y por ende razón para la declaratoria de nulidad de la elección y dos, por mandato del artículo 170 numerales 1º y 2º del estatuto de enjuiciamiento civil, aplicable al caso en comento, este proceso debe suspenderse en su tramitación y de ahí que el auto que dispuso correr traslado es ilegal.

Así las cosas, debe procederse al decreto de la suspensión”.

De acuerdo con lo transcrito, entiende el Despacho que el apoderado del impugnante: **i)** recurre la providencia por la cual se corrió traslado para que las partes presenten sus alegaciones finales y para que el Agente del Ministerio Público allegue, si a bien lo tiene, su concepto y; **ii)** solicita que se decrete la suspensión del proceso con fundamento en las causales de los numerales 1 y 2 del artículo 170 del C. de P. C., que disponen:

"Artículo 170. Suspensión del proceso: El juez decretará la suspensión del proceso:

1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de este.

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.

No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción".

I. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo expuesto, previo a pronunciarse respecto de las manifestaciones del apoderado del impugnador, el Despacho considera imperioso reiterar lo señalado frente a la actuación de los coadyuvantes en el proveído de 3 de diciembre de 2014, dictado en este mismo proceso, que rechazó por improcedente la solicitud de suspensión del proceso que en su momento presentó directamente el señor JORGE ALBERTO MÉNDEZ GARCÍA.

En dicho auto se precisó que dentro del proceso es permitida y validada en calidad de sujeto accesorio a uno principal – demandante (coadyuvante) o demandado (impugnador)– la actuación de terceros; sin embargo, su actuar encuentra una **limitación que deviene de que no actúa en ejercicio propio ni frente a su derecho, sino en forma anexa o accesorio respecto de otro, lo cual restringe su margen de acción y le impide realizar actos procesales o formular postulaciones autónomas que dispongan del derecho o la situación en litigio¹.**

Además se destacó que el coadyuvante o impugnador por disposición legal, **en forma independiente solo puede realizar los actos procesales permitidos a la parte a que ayuda en cuanto no estén en oposición con los de esta y siempre que no implique disposición del derecho en litigio.**

En cuanto, a la solicitud de suspensión del proceso en esa oportunidad el Despacho manifestó que:

"...solicitar la suspensión del proceso por prejudicialidad y más aun teniendo como sustento el ejercicio del derecho a recurrir en apelación la sentencia penal condenatoria que se dictara contra el demandado, es un acto, por excelencia, dispositivo de la parte, en este caso del accionado. De tal suerte, que el coadyuvante excede sus límites ante la falta de postulación similar de su coadyuvado y ello implica desconocer su calidad de sujeto accesorio a la parte a la cual apoya e implica claro está un acto procesal dispositivo de la situación litigiosa, siendo procedente rechazar por improcedente la solicitud, en tanto el coadyuvante no está legitimado para incoarla como si se tratara de su derecho propio". (Negrilla fuera de texto).

Asimismo, en la audiencia inicial celebrada el 23 de enero de 2015, respecto de la petición de suspensión del proceso se expuso:

"...se ha presentado la solicitud previa del coadyuvante de la parte demandada de suspender el proceso por prejudicialidad, en el entendido en que la sentencia penal que fue proferida en su contra por el delito de porte ilegal de armas y que es base de este proceso electoral no ha cobrado ejecutoria y, por ende, al no estar en firme impide adoptar decisión dentro del contencioso electoral.

Al respecto, el Despacho recuerda que esa solicitud fue efectuada por el mismo coadyuvante y le fue rechazada por improcedente mediante auto de 3 de diciembre de 2014 (obrante a fols. 211 a 213 cdno. ppal.) ante la limitación de las facultades del tercero interviniente derivada de que su postulación es accesorio y dependiente a la de la parte procesal principal a la cual coadyuva.

En consecuencia el Despacho exhorta al coadyuvante que se abstenga de insistir en esa solicitud y estarse a lo resuelto en la referida providencia" (Negrilla fuera de texto).

Ahora es el apoderado del impugnador, como antes se indicó, quien solicita la suspensión del proceso con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 170 del C. de P. C., y para el efecto allega copia de una petición presentada, en el trámite de la acción de pérdida de investidura que cursa contra el señor **Pedro Jesús Orjuela**, por el Agente del Ministerio Público en la que requiere el *"aplazamiento de la audiencia"* con fundamento en que para verificar la ejecutoria de la sentencia penal por la cual fue condenado el señor Orjuela Gómez se requiere copia auténtica del expediente del proceso penal en donde se dictó el referido fallo.

Al respecto, como ya lo expuso este despacho en dos ocasiones, la petición de suspensión del proceso resulta improcedente

¹ Sobre el tema véanse: Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 07001-23-31-000-2009-00034-01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del departamento de Arauca. M. P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 7 de marzo de 2011. Rad. 110010328000201000006-00 M. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Sección Quinta.

pues “...*no está legitimado para incoarla como si se tratara de su derecho propio*”; es decir; dicha petición excede las facultades que tiene el impugnador, como antes se explicó. Situación que también resulta predicable de la impugnación del auto por el cual se corre traslado para alegar de conclusión, pues también recae sobre el derecho, en este caso, del demandado toda vez que se trata de la providencia que concluye el debate probatorio, situación que entraña el ejercicio propio del demandante o de los demandados en el cual puede intervenir el Agente del Ministerio Público.

Sin perjuicio de lo anterior, considera el Despacho pertinente manifestar que el argumento en el cual se funda la presunta “*ilegalidad*” del auto en cuestión carece de todo asidero jurídico pues el togado se limitó a exponer que “...*no puede correrse traslado para alegar y que el auto en comento es ilegal por: uno, no existe documento alguno que demuestre la existencia de condena alguna ejecutoriada o en firme que genere causal de inhabilidad y por ende razón para la declaratoria de nulidad de la elección...*”.

En efecto, resulta contrario de toda lógica y fundamento legal aducir que el hecho de no existir prueba suficiente que permita acreditar los supuestos de hecho y la pretensión de las demandas, es suficiente para alegar la legalidad del proveído que cierra el debate probatorio y corre traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, cuando se trata de un asunto que debe ser objeto de estudio y análisis por parte del juez, el cual se concluye en la sentencia. Además, nótese que no se esgrime, por parte del peticionario, la omisión en la recolección de todas las pruebas decretadas o que las mismas se allegaron de manera indebida al plenario.

En virtud de lo anterior se rechazarán por abiertamente improcedentes las peticiones presentadas por el apoderado del impugnador y, se le advierte que de insistir en la presentación de peticiones improcedentes, que solo dilatan el trámite del proceso, se dará aplicación al artículo 294 del CPACA.

Por otra parte, el Despacho autoriza, a costa del peticionario, que se expida copia de la declaración de la señora **Blanca Lilia Clavijo de Barrera**, que obra en medio magnético (CD), en razón de la solicitud que obra a folio 1135 del expediente suscrita por el apoderado del demandado.

En mérito de lo expuesto se

RESUELVE:

Primero: Rechazar por improcedente las solicitudes presentadas por el doctor **Víctor Velásquez Reyes** apoderado del impugnador **Jorge Alberto Méndez García**.

Segundo: Autorizar, a costa del interesado, las copias requeridas por el apoderado del demandado obrante a folio 1135 del expediente.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del Procurador General de la Nación/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por cuanto no se encuentran elementos necesarios para decretarla

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda de nulidad electoral presentada por el ciudadano Pablo Bustos Sánchez, coordinador internacional de Veedores sin Fronteras y Presidente de la Red Ver, Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia y, sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró electo al doctor Edgardo José Maya Villazón, como Contralor General de la República para el período 2014-2018.

Conviene precisar que la actora propuso en el mismo escrito de la demanda la sustentación para la medida cautelar y reenvió además en forma expresa al concepto de violación de la demanda (arts. 229, 230 y 231 CPACA). Así, en el primer cargo no se puede reputar al conjuer como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuer en las Altas Cortes.

En consecuencia, esta censura que sustenta la suspensión provisional, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

En el segundo cargo, la Sección Quinta considera para este momento y con las pruebas aportadas para la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que no se avizora ningún vicio de ilegalidad de la elección del demandado como candidato de esa Alta Corte derivada de la confrontación de ese acto de postulación con el reglamento interno que la rige.

En el tercer cargo, las necesarias inferencias que debe efectuar el operador jurídico cautelar, en este caso concreto y frente al tema de la interrelación y trascendencia entre la irregularidad padecida por el acto preparatorio de conformación de ternas y el acto definitivo de elección, impiden que la medida cautelar surja en este estado del proceso de la confrontación del acto acusado con las normas superiores o con las pruebas allegadas con la solicitud, de acuerdo a lo solicitado por el actor.

Y por último, el demandante no ha demostrado la existencia de una norma expresa que contenga la edad de retiro forzoso del Contralor General de la República, razón por la cual tal planteamiento amerita un estudio de fondo del asunto propio de la sentencia que permita determinar en forma certera si las normas invocadas en la medida cautelar, tienen el alcance para incluir de sus supuestos fácticos y jurídicos el cargo de Contralor y poder así predicar y extender a este la edad máxima de retiro del servicio en los 65 años que se aplica a los

servidores que sí se encuentran mencionados en la norma en forma directa o por remisión.

Siendo así las cosas, la Sala no encuentra prosperidad en la solicitud de suspensión provisional.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C. cinco (5) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00129-00

Actor: Pablo Bustos Sánchez

Demandado: Contralor General de la República

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda de nulidad electoral presentada¹ por el ciudadano Pablo Bustos Sánchez, coordinador internacional de Veedores sin Fronteras y Presidente de la Red Ver, Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia y, sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró electo al doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, como Contralor General de la República para el período 2014-2018.

I. ANTECEDENTES

1.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad electoral la parte actora incoó² demanda con el objeto de que se declare la nulidad de la elección del doctor Edgardo Maya Villazón en el cargo de Contralor General de la República, con las siguientes pretensiones:

"Primera. Que se declare, con base en los hechos, pruebas y fundamentos de derecho y causales invocadas, aportados y obrantes, la nulidad de la elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN como Contralor General de la República, para el período constitucional 2014-2018, realizada por el Congreso de la República en el pleno en sesión del 19 de agosto de 2014.

Segunda. Que se comunique el fallo a la Presidencia de la República, a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y al Congreso de la República, para lo de su cargo" (fls. 42 a 43).

2. Como fundamentos fácticos, en síntesis, la demanda planteó los siguientes:

¹ Por auto de 5 de febrero de 2015, se declaró infundado el impedimento que la Consejera Ponente formuló.
² La demanda se presentó el 23 de septiembre de 2014 (fl. 53 vto.).

2.1. Ante la finalización del período de la anterior Contralora Sandra Morelli Rico (agosto de 2014), la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, procedieron a abrir las convocatorias públicas para integrar la terna para la elección de Contralor General de la República por parte del Congreso.

2.2. El Consejo de Estado ternó al doctor Gilberto Rondón González; la Corte Suprema de Justicia, al doctor Carlos Ardila Ballesteros y la Corte Constitucional, al doctor Edgardo José Maya Villazón.

2.3. La designación que recayó sobre el doctor MAYA VILLAZÓN, aseveró el actor, estuvo precedida de serios cuestionamientos que daban cuenta de la ilegalidad de la elección *“por pesar sobre él una causal de inhabilidad, por haber sido escogido con clara violación de los reglamentos de la Corte Constitucional y porque en su postulación se produjo el fenómeno de favoritismo conocido como: ‘yo te elijo y tú me eliges’”*.

2.4. Seis votos fueron escrutados a favor del demandado, tres de ellos consignados por los doctores: Jorge Pretelt, Gabriel Mendoza y Alberto Rojas; dos en blanco que fueron depositados por los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, quienes expresaron su desacuerdo con la elección por manifiesta violación al reglamento de la Corte Constitucional.

2.5. El doctor Maya Villazón cuando se desempeñó como Procurador General de la Nación designó al doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo como Procurador 5º Delegado ante el Consejo de Estado y como Viceprocurador General de la Nación; al doctor Rojas Ríos, como Procurador Delegado para Asuntos Civiles, como Viceprocurador General de la Nación y como Procurador (e) General de la Nación; y con respecto al doctor Jorge Pretelt Chaljub *“designó a su esposa y hermana”* en cargos de la planta del Ministerio Público.

2.6. Por otra parte, el demandado se desempeñó en reiteradas oportunidades como conjuer en la Corte Constitucional y en el Consejo de Estado, durante el año anterior a su elección como Contralor General de la República. El actor relaciona con número de expediente, fecha de la decisión y Magistrado Ponente, los procesos en los cuales fungió en dicha calidad.

2.7. Como tercer supuesto fáctico constitutivo de nulidad electoral, el demandante afirmó que contrariando el reglamento de la Corte Constitucional (art. 77) *“esta corporación sin que ninguno de los candidatos hubieren obtenido la mayoría en lugar de prescindir de los nombres de todos los candidatos anteriores, e integrar una lista de elegibles con nombres totalmente nuevos, llamó y eligió al candidato eliminado o descartado en una etapa anterior, cual era precisamente el demandado”* (fl. 6).

2.8. Indicó además, que el elegido incumple el requisito de idoneidad para ser elegido, toda vez que a la fecha de la elección

cuenta con 63 años, así que no finalizará el período por llegar a la edad de retiro forzoso, lo que implicará que se produzca una nueva elección por lo restante del período (fls. 2 a 7).

CONSIDERACIONES

1. Admisión de la demanda

Habida cuenta que se reúnen los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA); por haberse instaurado dentro del término exigido en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo estatuto y por ser competente la Sala para conocer del proceso en única instancia y de la suspensión provisional, toda vez que la demanda recae sobre el acto electoral referente a una elección que hiciera una Corporación Pública como es el Congreso de la República, para el cargo de Contralor General de la República, de conformidad con el artículo 149 numeral 4º *ibidem* y esta Sección Quinta deriva su competencia de acuerdo con la distribución de funciones previstas en el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003.

En efecto:

1. Caducidad de la acción: la demanda fue oportuna, en tanto el acto demandado contenido en el Acta de sesión del Congreso en Pleno de 19 de agosto de 2014 se publicó en la *Gaceta del Congreso* 529 de 24 de septiembre de 2014 (fls. 153 y siguientes). Por otra parte, la demanda se presentó el 23 de septiembre de 2014, es decir, fue instaurada en tiempo, conforme lo prevé el artículo 164 numeral 2º literal a) del CPACA.

2. Presupuestos formales de la demanda: incoada en calidad de ciudadano; con pretensión y acto administrativo electoral perfectamente individualizados con fecha de su publicación en la *Gaceta del Congreso*, la cual reposa en el expediente luego de ser requerida por el Despacho en atención a la petición previa del actor; con identificación concreta de las partes con sus respectivas direcciones para notificación; la *causa petendi* recae sobre la nulidad del acto de elección contenido en el Acta de Sesión del Congreso en Pleno de 19 de agosto de 2014, siendo este el acto declaratorio de elección. La demanda así mismo presenta en forma separada sus fundamentos fácticos determinados y está planteado el concepto de violación con sus respectivas normas violadas, así como el capítulo de pruebas y anexos.

Huelga aclarar que no se requiere agotamiento de requisito de procedibilidad porque la demanda en nada alude al acto de designación de cargo de elección popular, aunado a que la demanda se sustenta en la nulidad de la elección del Contralor General de la República efectuada por el Congreso. De acuerdo con las circunstancias expuestas, se cumple con los requisitos establecidos en los artículos 163 y 164 numeral 2º literal a) del CPACA.

Por todo lo anterior, la demanda se admitirá.

2. Suspensión provisional

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez queden en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados³ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente solo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año de 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas, tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “*suspensión provisional*”.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado –siempre que se encuentre en término para accionar– o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones

³ González Rodríguez Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁴.

Por otra parte, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar se toma en el auto admisorio, lo cual evidencia la misma efectividad que aquellas medidas catalogadas como de urgencia por el artículo 234 del CPACA.

3. Caso concreto

Conviene precisar entonces que la actora propuso en el mismo escrito de la demanda (fls. 49 a 50) la sustentación para la medida cautelar y reenvió además en forma expresa al concepto de violación de la demanda (arts. 229, 230 y 231 CPACA).

Indicó que el acto de elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN como Contralor General de la República adolece de nulidad por las censuras que a continuación se sintetizan:

Atendiendo entonces la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA, al analizar la contraposición entre el acto acusado y las normas invocadas como vulneradas, en tanto la formulación de la medida cautelar contiene apartes que realizó en términos exclusivamente de legalidad objetiva, la Sala analizará a continuación cada censura:

CARGOS DE NULIDAD ELECTORAL EN LA DEMANDA A LOS QUE SE REMITE EXPRESAMENTE LA SOLICITUD CAUTELAR

3.1. PRIMER CARGO

Desempeño en el año anterior a la elección como **conjuez o magistrado ad hoc ante las Cortes**: Violación por falta de aplicación del artículo 267⁵ de la Constitución Política. Lo

⁴ Artículo 299 inciso segundo del CPACA.

⁵ “Artículo 267 Constitución Política. El control fiscal es una función pública (...).

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Solo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35

armoniza con el artículo 279⁶ Ley 5^a/92 (ocupar cargo público en el año inmediatamente anterior) y el artículo 61⁷ Ley 270/96 (conjucees).

Indicó que la Sección Quinta lo designó conjuce dentro del año anterior a su elección como Contralor. Calificó el cargo de conjuce de cargo público de conformidad con los arts. 116⁸ y 123⁹ superiores; art. 61 Ley 270 de 1996 y arts. 115¹⁰ y 116¹¹

años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor a 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos⁸.

6 Artículo 279 Ley 5^a de 1992. “Concepto de inhabilidad. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.

7 Artículo 61 Ley 270 de 1996. “De los conjucees. Serán designados conjucees, de acuerdo con las leyes procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales, las personas que reúnan los requisitos para desempeñar los cargos en propiedad, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjucees tienen los mismos deberes que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos⁷.

8 Artículo 116 Constitución Política. “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley⁸.

9 Artículo 123. Constitución Política. “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento⁹.

10 Artículo 115 del CPACA. Conjucees. Los conjucees suplirán las faltas de los Magistrados por impedimentos o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado.

Serán designados conjucees, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como conjucees, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjucees tienen los mismos deberes y atribuciones que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos.

La elección y el sorteo de los conjucees se harán por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sus diferentes secciones y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el caso. (...).

11 Artículo 116 del CPACA. “Posesión y duración del cargo de Conjuce. Designado el conjuce, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado

CPACA y se apoya en sentencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia que califica a los conjucees como servidores públicos (sentencia de 25 mayo de 2010. Exp. 34218. M. P. Dr. Alfredo Gómez Quintero). Citó también el fallo T-247 21 de marzo/03 de la Corte Constitucional.

Al respecto la Sala encuentra que el tema de los conjucees ha sido ampliamente positivizado en las normas transcritas que fueron el sustento del concepto de violación de la demanda al que se remitió la solicitud de suspensión, sin que se advierta en forma expresa la naturaleza jurídica del mismo.

En efecto, conforme a la normativa pretranscrita, la figura de los conjucees tiene un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; b) desempatar las decisiones jurisdiccionales y c) completar el quórum decisorio.

En todo caso, dice el CPACA en forma clara, que no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. E incluso se plantea la remuneración y le asigna los mismos deberes y atribuciones a cargo de los Magistrados, lo cual conlleva las mismas responsabilidades.

Pues bien, lo cierto es que la medida cautelar pretende con base en la normativa invocada, reputar que el conjuce ejerce un cargo público, para efectos, de ingresar la situación del elegido en el campo de la inhabilidad por el ejercicio de cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación, conforme a las voces del artículo 267 constitucional cuando dispone: “No podrá ser elegido Contralor General quien haya ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Para la Sala, lo cierto es que esa censura como la planteó el memorialista es impróspera, toda vez que el ejercicio de la actividad de conjuce no encaja en la de ejercicio de cargo público, razón por la cual la hipótesis por él propuesta no se compadece del supuesto fáctico de la norma que contempla la incursión en la inhabilidad del artículo 267 constitucional cuya exigencia es el ejercicio de cargo público. Ha de recordarse, que las inhabilidades son de aplicación estricta y restrictiva al supuesto fáctico que la norma prevé, sin que haya lugar a extensiones o analogías.

Huelga recordar que la Sección Quinta ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el punto, en la

bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones.

Cuando los Magistrados sean designados conjucees solo se requerirá la comunicación para que asuman su función de integrar la respectiva sala.

Los conjucees que entren a conocer de un asunto deberán actuar hasta que termine completamente la instancia o recurso, aunque concluya el período para el cual fueron elegidos, pero si se modifica la integración de la sala, los nuevos Magistrados desplazarán a los conjucees, siempre que respecto de aquellos que no se les predique causal de impedimento o recusación que dé lugar al nombramiento de estos¹¹.

sentencia de 5 de junio de 2012¹², en la que a partir de un cargo similar al que hoy ocupa la atención de la Sala, frente a la elección de la doctora Morelli Rico como Contralora General, negó la declaratoria de nulidad electoral a partir de las siguientes consideraciones:

“Finalmente, no sobra anotar que no le asiste razón al coadyuvante cuando afirma en su escrito de coadyuvancia que la doctora Morelli Rico estaba inhabilitada para ejercer como Contralora General de la República, por haber ocupado cargo público del orden nacional en el año inmediatamente anterior a la elección, (...), nada impide señalar que los cargos públicos son aquellos que generan un vínculo subjetivo con el Estado a través de las distintas formas de sujeción que se describen en el artículo 123 constitucional (...)// Ahora bien, el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, la hubiese elegido como conjuetz, según Acta 006 de febrero 22 de 2010 (fls. 659 a 670), esa designación no la inhabilitaba para ejercer el cargo de Contralora General de la República por tres razones fundamentales, la primera, porque los conjuetes son particulares que ejercen temporal o transitoriamente la función jurisdiccional, ante el impedimento del juez natural para adoptar una decisión en un caso concreto, y del hecho que tomen posesión por una sola vez y se entienda que a partir de ella pueden ser sorteados cuando se les requiera, artículo 99A del Decreto 01 de 1984, no se colige que ejerzan y se reputen per se servidores públicos, pues su naturaleza jurídica se ajusta mucho más a la de particulares investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia y acompañar al juez impedido o recusado en la toma de decisión¹³ (...). // Igual consideración merece el que hubiere fungido como árbitro hasta el 24 de agosto de 2010, porque esta función pública, al igual que la de conjuetz, no implica el ejercicio de un cargo sino de función pública, no proscrita por el precepto constitucional en comento. (...)// Para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República, el requisito de ejercicio de función pública por un término no inferior a 5 años, que exige la Ley 42 de 1993 se puede comprobar con el desempeño de un cargo o empleo público o por el desarrollo de actividades que comporten el ejercicio de función pública, en los términos de los artículos 116, 123 y 210 de la Constitución.

Las entidades que postulan y eligen deben ser muy cuidadosas al momento de analizar el cumplimiento de este requisito, pues no todas las actividades per se implican el ejercicio de aquella” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Si bien el memorialista trae algunas sentencias, como por ejemplo, la T-247 de 2003, debe tenerse en cuenta que en esa oportunidad, se definía el aspecto de la remuneración de quien fungió como conjuetz, asunto que difiere del ya decantado por la Sección Quinta como se evidenció en el aparte jurisprudencial pretranscrito. Además, se advierte que la Corte Constitucional en este fallo se refirió todo el tiempo a “el monto de su remuneración, por los servicios prestados al Estado, considerando para el efecto las circunstancias que dieron lugar a la prestación del servicio”; “servidores” e indicó: “Con todo, en rigor, la regulación básica común no puede ser el único criterio para fijar la remuneración a que tiene derecho un conjuetz, por su participación en el trámite y en la definición de uno o de varios asuntos, porque el carácter temporal y las modalidades de su vinculación, aunados a la complejidad de dichos trámites y definiciones, comportan especificidades que se deberá entrar a considerar en cada caso, sin que por esta circunstancia los principios mínimos fundamentales que deben estar presentes en toda relación laboral puedan ser desconocidos, porque el artículo 53 de la Carta Política no condiciona la aplicación de sus preceptos a la circunstancias que rodean la prestación del servicio; sin perjuicio de que el legislador señale pautas específicas sobre el punto”.

Además, la Sala considera que aunque el CPACA en su artículo 115 dispone que los servicios de los conjuetes serán remunerados (inc. 3º), lo cierto es que este aspecto no ha sido reglamentado ni implementado nunca en el país, por lo que continúa siendo una labor estrictamente *ad honorem*.

Por lo anterior, no se puede reputar al conjuetz como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuetz en las Altas Cortes.

En consecuencia, esta censura que sustenta la suspensión provisional, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

12 Exp. 11001032800020100011500. Demandante: Diego Armando Carvajal Briñez. Demandado: Sandra Morelli Rico (Contralora General de la República). C. P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Con Sala de conjuetes integrada por los Dres. Carlos Enrique Marín Vélez, Gilberto Orozco Orozco y Antonio José Lizarazo Ocampo.

13 (Nota al pie en el texto transcrito. “Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 25 de agosto de 1967. Consejero Ponente, doctor Enrique Acero Pimetel”).

3.2. SEGUNDO CARGO

Violación del artículo 77¹⁴ del Acuerdo 05 del 15 de octubre de 1992 (Reglamento de la Corte Constitucional) por falta de aplicación.

El actor refirió que el candidato no obtuvo la mayoría y conforme al Reglamento de la Alta Corporación debió prescindirse de los nombres de los candidatos en juego y proceder con nuevos nombres. Indicó que tal inconformidad contra el reglamento fue puesta en conocimiento por los doctores María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio, quienes votaron en blanco y advirtieron que la interpretación acogida por la mayoría desconocía el principio de transparencia (véase comunicado 24 de 26 de junio de 2014).

Visto el planteamiento del solicitante, sea lo primero aclarar, que esta parte del cargo se compone de la parte objetiva de comparación normativa y se enriquece con la probatoria documental, a partir del escrito que contiene las manifestaciones divergentes de dos Magistrados de la Corte Constitucional.

En efecto, los doctores Calle y Palacio, manifestaron su desacuerdo con el sistema de votación empleado, pero no por ello *per se* el acto está viciado de nulidad, en tanto el derecho a la disidencia, es una facultad legítima, constitucional y legal, reflejo de la libertad de opinión, que enriquece la dinámica y el debate en la Corporación que funge como electora de un candidato a la terna. No obstante, sin menospreciar su efecto e importancia, al tratarse de la elección en cuerpo colegiado, las voluntades disidentes deben dar paso a la decisión que se adopte por la mayoría, claro está sin perder la posibilidad de sostener la tesis propia e individual, como en efecto lo ejercieron los Magistrados referidos, pues así se ha establecido en los sistemas de elección democrática, como acontece en el caso de la elección de candidato a la terna a Contralor General de la República.

14 Artículo 77 Acuerdo 05 de 15 de octubre de 1992. "Votación. La votación estará sujeta a las siguientes reglas:

1ª. Toda elección se hará mediante voto secreto.

2ª. Para una elección se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los Magistrados. 3ª. Antes de abrir la votación, el Presidente propondrá que se delibere sobre los candidatos y, concluida la deliberación, designará dos Magistrados escrutadores.

4ª. Cada voto solo contendrá el nombre del candidato que el elector escoja. Toda adición se tendrá por no escrita.

5ª. El voto es obligatorio pero podrá votarse en blanco. El voto en blanco no se agregará a ningún candidato.

Parágrafo. Cuando al votarse no se obtenga la mayoría requerida, la votación se repetirá; pero si hubieren sido más de dos los candidatos, esta se contraerá a los dos que hubieren obtenido el mayor número de votos. También se repetirá la votación cuando, siendo uno o dos los candidatos, ninguno obtuviere dicha mayoría. La Corte, previo un receso de cinco minutos, decidirá por mayoría de los asistentes, si se hace una tercera, exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior, efectuada la cual, si ningún candidato obtuviere la mayoría señalada, se prescindirá de los nombres de todos los candidatos anteriores y la siguiente votación se hará, en la misma sesión o en otra, con nuevos nombres, salvo que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de los candidatos que han participado en el debate o sobre uno distinto".

Observada la norma del Reglamento sustento de la medida cautelar, esto es, el artículo 77 del Acuerdo 5 de 1992 o Reglamento de la Corte Constitucional, se tiene que el voto es secreto y obligatorio, el quórum electoral se compone de la mitad más uno de los Magistrados (mayoría de los miembros), solo puede nombrarse un candidato por voto siendo nulas las adiciones. Se tiene la posibilidad de votar en blanco sin que pueda arrojarse ningún candidato. Y se prevé el siguiente procedimiento:

- a) Una etapa preelectoral: porque la norma consagra: "antes de abrir la votación", que dirige el Presidente con el propósito de que se delibere sobre los candidatos.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la acción de deliberar implica en efecto una antesala a la decisión pues hace referencia a "Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos" y "Resolver algo con premeditación (cuya acepción de interés es: "Pensar reflexivamente algo antes de ejecutarlo").

- b) La siguiente etapa, también preelectoral: la designación de dos Magistrados escrutadores, pues es claro que aún no se ha abierto la votación propiamente dicha.
- c) La etapa electoral.
- d) La etapa de escrutinio y sus circunstancias, en la cual el Reglamento indica:

Regla general: Si no se obtiene la mayoría requerida (mitad más uno de los Magistrados), la votación se repite.

Teniendo un atenuante referente a que si se presentan más de dos candidatos y ninguno obtiene la mayoría, la votación se repite, pero solo entran en las justas **los dos candidatos que hubieren obtenido el mayor número de votos.**

Reglas de salvación de la votación: aplicables y solo viables cuando no se logra elegir y siempre que se surta previamente un receso previo de cinco minutos.

- Se modifica el quórum decisorio, pasándolo de Magistrados integrantes de la Corporación a Magistrados asistentes a la votación con el propósito de que decidan si van a una tercera votación.
- La tercera votación: exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior votación.
- La cuarta votación: se prescinde de todos los candidatos anteriores y se postulan nuevos nombres "salvo que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de los candidatos que han participado en el debate o sobre uno distinto".

Así, las cosas y conforme a la normativa, no es absoluta ni perentoria la regla de exclusión de los nombres de todos los candidatos que han venido en contienda cuando se llega a la cuarta votación, porque nuevamente la mayoría de los electores, puede reingresar a alguno de los candidatos que ya han participado o proponer a uno diferente.

Por contera, la medida cautelar se formuló sin detenerse en la excepción a la regla general de la cuarta votación o métodos de salvación de la votación, pues prefirió dar plena validez a las disertaciones de los Magistrados disidentes, pero sin que en este momento haya prueba de que en el caso de la elección del Dr. Maya Villazón, tal excepción se haya aplicado, más aún cuando la votación que le favoreció se compuso de 6 electores de los 8 que conforman el quórum.

Dicente resulta, el planteamiento que por vía de tutela se hizo dentro de la sentencia 9 de septiembre de 2014¹⁵, en la que se relata la situación acontecida al interior de la Corte Constitucional al momento de candidatizar al demandado: “(...) el día 8 de mayo de 2014, dicha Corporación convocó a los aspirantes a ocupar el cargo de Contralor General de la República, a inscribirse aportando la documentación requerida, dentro del plazo comprendido entre el 12 y el 23 de mayo de 2014. Cumplido dicho término, publicó la lista de aspirantes e informó que el 26 de mayo de 2014 haría una preselección de candidatos y que el 28 de mayo siguiente procedería a elegir al candidato. Los aspirantes preseleccionados fueron Jaime Arrubla Paucar, Edgardo Maya Villazón, Gilberto Rondón González, Camilo Tarquino Gallego y Clara Inés Vargas Hernández y fueron citados para realizar una presentación de 15 minutos ante la Sala Plena el día 28 de mayo de 2014. Al no obtener ninguno de los preseleccionados el número de votos requerido para ser ternado, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 77 del Reglamento, procedió a realizar una nueva convocatoria del 3 al 9 de junio de 2014. En esa oportunidad se presentaron 54 aspirantes, entre quienes se encontraba nuevamente, Ana Feliz Romero Aranzazu. La Corte Constitucional adelantó el procedimiento de la siguiente manera: Realizó una votación con el fin de preseleccionar a 5 de los candidatos inscritos. Quedaron los siguientes: Jorge Luis Buelvas Hoyos, José Joaquín Osorio Ruiz, Germán José Ordosgoitia Osorio, Álvaro Guillermo Rendón López y Eduardo Verano de la Rosa. De los anteriores, concluyeron en empate los candidatos Rendón López y Verano de la Rosa. Se realizó una nueva votación entre estos dos candidatos, no obstante, ninguno de ellos alcanzó la mayoría requerida. La votación se repitió una vez más entre los dos candidatos, con el mismo resultado: ninguno alcanzó la mayoría requerida. Atendiendo las disposiciones del párrafo del artículo 77 del Reglamento, realizó una votación en orden a decidir si realizaba un tercer intento entre los mismos dos candidatos, opción que fue descartada por 1 voto a favor y 8 en contra. La Sala se

15 Sección Segunda. Subsección A. Expediente AC 11001031500020140166600. Actor: Ana Feliz Romero Aranzazu. Demandado: Corte Constitucional. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

vio en la necesidad de decidir si realizaba una nueva convocatoria o llegaba a un acuerdo sobre alguno de los candidatos que participaron en todo el proceso. Optó por votar entre dos candidatos: uno de la primera lista y uno de la segunda. Resultó elegido por mayoría el doctor Edgardo Maya Villazón. Así se lee en el citado comunicado No. 24. Los Magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio se apartaron de este último procedimiento...”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Por todo lo anterior, es que la Sección Quinta considera para este momento y con las pruebas aportadas para la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que no se avizora ningún vicio de ilegalidad de la elección del demandado como candidato de esa Alta Corte derivada de la confrontación de ese acto de postulación con el reglamento interno que la rige.

3.3. TERCER CARGO

Indebida elección del ternado porque sus electores habían sido designados previamente en cargos de la Procuraduría cuando fungía como Procurador General de la Nación, con lo cual se violó el artículo 126¹⁶ de la Constitución Política por falta de aplicación. “Yo te elijo... tú me elijas”.

Indicó que la violación al artículo 126, conlleva a que tres de los votos por los cuales salió electo (provenientes de los doctores Mendoza, Rojas Ríos y Pretelt) son espurios, así que no obtuvo los 5 votos mínimos requeridos. Acusó la elección de clientelismo, amiguismo o favoritismo y citó la sentencia de 15 de julio de 2015 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, la Sala encuentra que el aforismo de “Yo te elijo... tú me elijas” y la concepción y alcance en la aplicación del artículo 126 de la Constitución Política cambió a partir de la sentencia de 15 de julio de 2014¹⁷ –invocada por el memorialista– la cual fue proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que declaró la nulidad de la elección del Dr. Francisco Javier Ricaurte como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, pues se pasó de un entendimiento restrictivo y limitado exclusivamente a la figura del nepotismo a una hipótesis implícita obvia que afecta la situación del titular o beneficiario de la elección o nombramiento (clientelismo).

En esa oportunidad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo partió de un método de interpretación histórico sobre el origen del artículo 126 constitucional, para lo cual rememoró lo acontecido en la Asamblea Nacional Constituyente atinente a que la teleología del mandato constitucional era impedir que los

16 Artículo 126 Constitución Política. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

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

17 Radicación: IJ 110001-0328-000-2013-00006-00, actor: Cecilia Orozco Tascón y otros. Demandado: Francisco Javier Ricaurte Gómez. C. P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

servidores públicos nombraran a quien o quienes intervinieron en su designación y transcribió el aparte pertinente del contenido original de la norma que se pretendía expedir: “[e]n ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que [...] han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación”¹⁸. Las razones prácticas de la modificación al texto se sustentaron en que los elegidos popularmente quedarían sometidos a nombrar únicamente a miembros de la oposición o a quienes no votaron por ellos, por eso en el contenido final de la norma quedó exclusivamente la figura del nepotismo, cuyo presupuesto se predica de la relación conyugal y parental.

E indicó: “(...) la nueva redacción no explicitó lo obvio, esto es, que un servidor público no puede utilizar su poder de designación para beneficiar o agradecer a aquellos que lo nombraron en su cargo, lo cierto tiene que ver con que, leída la norma a la luz de los preceptos constitucionales, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda. Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y en evitar el tráfico de favores se opone al nombramiento de los parientes del nombrado, pero acepta que este sea designado por quien él mismo ayudó a elegir, sería absurdo. Precisamente esta última conducta es a toda luz la más lesiva”.

Posteriormente, la sentencia en cita se decantó por apuntalar el estudio a partir de todos los métodos de interpretación (semántico, sistemático, etc.) para dar alcance al mandato superior 126 de la Carta.

En principio, para la Sección Quinta esa nueva e importante concepción jurisprudencial podría ser bitácora idónea para adoptar una decisión, si no fuera porque en este momento el cuestionamiento debe estudiarse desde la importancia, trascendencia o entidad que el vicio o irregularidad que se endilga al acto preparatorio de la terna tenga sobre el acto declaratorio de elección al punto de permitir su nulidad.

Ha de recordarse que en materia electoral, la posición unívoca de la Sala de que el acto administrativo contentivo de terna para postular candidato es acto preparatorio o de trámite dentro del proceso de elección, pero que en caso de contener alguna irregularidad que vicie el acto de elección dará lugar a la declaratoria de nulidad de la designación, la cual en este momento no se avizora.

Corresponde entonces al estudio de la sentencia, analizar si el vicio endilgado frente a la escogencia de uno de los integrantes de la terna (acto preparatorio) tiene en este caso la potencialidad de viciar de nulidad el acto de elección (acto definitivo).

Se concluye que primero debe verificarse la existencia de irregularidad o vicio que se dice afecta al acto preparatorio y, en segundo lugar, si ese vicio afectó la elección del demandado, pues no toda irregularidad en el acto preparatorio genera *per se* la nulidad del acto de elección y tampoco la suspensión de sus efectos, en tanto se requiere de suficiencia y eficiencia para enervar la designación.

Valga recalcar el profundo estudio que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hiciera sobre el alcance del mandato constitucional 126, un análisis que abarcó todo un abanico de los métodos de interpretación, para deducir que no solo el favoritismo familiar sino el clientelismo, para así incluir a la persona del mismo que se deriva entre las relaciones designador-designado; elector-elegido y/o nominador-nombrado, constituyen contenido de ese dispositivo superior, tuvo su máxima consideración en la aplicación y armonización con otras normas superiores, sobre todo, aquellas que se predicen de los objetivos y principios que rigen la función pública. E incluso, consideró: “El peso de los argumentos expuestos permite a la Sala confirmar la necesidad de interpretar el inciso 2° del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– de una manera que trascienda su literalidad. Entendimiento que se ve respaldado cuando se aplica una hermenéutica finalista del precepto en comento...”.

Por contera, esas necesarias inferencias que debe efectuar el operador jurídico cautelar, en este caso concreto y frente al tema de la interrelación y trascendencia entre la irregularidad padecida por el acto preparatorio de conformación de ternas y el acto definitivo de elección, impiden que la medida cautelar surja en este estado del proceso de la confrontación del acto acusado con las normas superiores o con las pruebas allegadas con la solicitud, de acuerdo a lo solicitado por el actor.

3.4. CUARTO CARGO

Inelegibilidad e inhabilidad por cumplimiento de la edad de retiro forzoso en la mitad del período institucional.

Citó los artículos 267¹⁹ superior (período del Contralor); 29²⁰ y 31²¹ Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968 y 122²²

19 Artículo 267 Constitución Política. (...) El Contralor será elegido... para un período igual al del Presidente de la República (...).’

20 Artículo 29 Decreto 2400 de 1968. Mod. el art. 1º, Dec. 3074 de 1968. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

21 Artículo 31 Decreto 2400 de 1968. “Edad de retiro. Mod. Art. 14 Ley 490 de 1998. Todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años.

Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

La remuneración y la pensión serán incompatibles para quienes se acojan a esta norma”.

22 Artículo 122 Decreto 1950 de 1973. “La edad de sesenta y cinco (65) años

18 Gaceta No. 68 pág. 17.

Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973 que consagra la edad de retiro forzoso en 65 años, aplicables a todos los servidores, de conformidad con el art. 3^o23 de la Ley 909 de 2004. Se apoyó en sentencia de 16 de septiembre de 2002. Exp. 25000232600020020098301 de la Sección Segunda, subsección B C. de E. que le ordenó al Consejo Superior de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca –ente autónomo como lo es la Contraloría– retirar del cargo a la rectora que fue designada, contrariando la norma de edad de retiro forzoso. Y sentencia de 25 de enero de 2002. Exp. 2561, en la que la misma sección precisó que la superación de la edad de retiro forzoso constituye inhabilidad para ser elegido o designado en cargos públicos. Cita los casos de retiro de los ex Consejeros de Estado Dres. William Giraldo y Myriam Guerrero.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el peticionario cita, hace referencia a los eventos en que la persona al momento de su designación ya contaba con 65 años cumplidos (**impedimento presente al momento de ser elegido**) o estando en el ejercicio del cargo los cumple surgiendo así un hecho impeditivo para **continuar** en el ejercicio de la función pública y claro inhabilitante (**impedimento futuro al momento de ser elegido que ocurre y concurre con el ejercicio de la función**), que son supuestos fácticos diferentes a aquel que se predica de quien es designado en el cargo sin cumplir aún la edad de retiro, es decir no tiene impedimento presente y menos concurrente, pues no ha llegado a la edad de retiro forzoso al momento de ser elegido o nombrado.

Por otra parte, respecto de la edad de retiro forzoso prevista en el Decreto 2400 de 1968 –norma citada por el solicitante de la medida cautelar-, ha de recordarse que en la sentencia C-351 de 1995²⁴ –aunque en referencia a los cargos de la rama judicial– aludió a la no aplicación a todos los servidores, en tanto únicamente recaía sobre la Rama Ejecutiva del poder público sin dirigirse o comprender a ningún otro sector, rama del poder o funcionario o servidor público. Indicó en esa oportunidad, que luego con el artículo 2^o de la Ley 27 de 1992 y al desarrollar el artículo de la Constitución Política de 1991, el decreto 2400 de 1968 y otras normas como el decreto 3074, las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987 y sus decretos reglamentarios se aplicarían a empleados del Estado que presten sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental o distrital –no Distrito Capital– municipales y sus entes descentralizados, Dumas, Concejos municipales y distritales y Juntas Administradoras Locales, Presidencia de

constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año”.

23 Artículo 3^o Ley 909 de 2004. “Campo de aplicación de la presente ley. (...)”.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

Parágrafo 2^o. Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales (...) les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

24 Sentencia de 9 de agosto de 1995. Exp. D-828. Actor: Hernando Barliz Zubiría. C. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

la República, Congreso, Organización Electoral, entre otros; se recaba entonces que, en principio, no se observa que la Contraloría General de la República haya quedado incluida en este vademécum de entidades.

Además, consideró que como la Constitución de 1991 creó nuevos organismos, es necesaria la expedición de una nueva ley que fije la edad de retiro forzoso en consideración a los cambios introducidos en la Carta.

Tal disertación, en este momento procesal, la Sala la encuentra aplicable al caso del Contralor General de la República, en atención a que no existe norma expresa que regule este aspecto para este cargo, que no pertenece al sector de la Rama Ejecutiva. En esta decisión, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, planteó la autonomía de las ramas del poder público, para responder al interrogante de “¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Y para responder que es en primer término el Constituyente y en su defecto el Congreso: “Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además dentro de las facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos. Así lo ha hecho a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que este, a su vez, la determine, como lo hizo mediante el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968. (...) La Carta Política establece el criterio del factor edad como causal de retiro forzoso; las necesidades de la vida social exigen que se determine cuál es esa edad, luego es el legislador a quien corresponde hacerlo de acuerdo con su naturaleza ordenadora”.

Lo cierto es que el demandante no ha demostrado la existencia de una norma expresa que contenga la edad de retiro forzoso del Contralor General de la República, razón por la cual tal planteamiento amerita un estudio de fondo del asunto propio de la sentencia que permita determinar en forma certera si las normas invocadas en la medida cautelar, tienen el alcance para incluir de sus supuestos fácticos y jurídicos el cargo de Contralor y poder así predicar y extender a este la edad máxima de retiro del servicio en los 65 años que se aplica a los servidores que sí se encuentran mencionados en la norma en forma directa o por remisión.

Siendo así las cosas, la Sala no encuentra prosperidad en la solicitud de suspensión provisional.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 171, 231, 276 y 277 del CPACA la Sala,

RESUELVE:

Primero. Admitir la demanda de nulidad electoral promovida por Pablo Bustos Sánchez contra el acto que declaró la elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN como Contralor General de la República, contenido en el Acta de 19 de agosto de 2014 que está contenida en la *Gaceta del Congreso* No. 529 de 24 de septiembre de 2014. En consecuencia, se **dispone**:

1. **Notifíquese** personalmente al demandado doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, en su calidad de elegido, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.
 2. **Notifíquese** personalmente al Honorable Congreso de la República y a la Honorable Corte Constitucional, por intermedio de sus respectivos presidentes, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de conformidad con el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.
 3. **Comuníquese** al Director Ejecutivo de Administración Judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 159, en concordancia con el inciso 1º del artículo 228 del CPACA.
 4. Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición de los notificados, y el traslado o los términos que conceda el auto solo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso (literal f), num. 1º art. 277 y 279 del CPACA).
 5. **Notifíquese** personalmente de esta providencia al señor Agente del Ministerio Público, como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.
 6. **Notifíquese** por estado al actor Pablo Bustos Sánchez (num. 4º art. 277 del CPACA).
 7. **Infórmese**, mediante el sitio web del Consejo de Estado, a la comunidad la existencia de este proceso (num. 5º art. 277 CPACA).
- Segundo. Negar** la solicitud de suspensión provisional.
- Notifíquese y cúmplase.
- Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**
Presidenta
- Alberto Yepes Barreiro**
Consejero
- Jaime Córdoba Triviño**
Conjuez
- Augusto Hernández Becerra**
Conjuez

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Rechazo de la demanda por caducidad de la acción

El único medio de control previsto por el ordenamiento jurídico para someter a examen judicial de constitucionalidad y legalidad el acto que da acceso a la función pública, vía nombramiento o designación o vía elección, es la "acción de nulidad electoral", que preveía el anterior C. C. A. en el artículo 227 y que prevé el actual CPACA en el artículo 139 en concordancia con el 275 y siguientes. De tal manera que cuando se trate de controlar judicialmente un acto de elección o nombramiento, no es de libre escogencia por el demandante acudir a otra vía procesal, puesto que se trata de un mecanismo reglado en tales términos. Ahora bien, con fundamento en estos argumentos el Juzgado Primero Administrativo Oral de Neiva efectuó la remisión a la Sección Quinta de esta Corporación, en el sentido de señalar la acción pertinente (electoral) por la cual debería tramitarse el presente proceso y el juez especializado de la causa, frente a lo cual el actor no se opuso, de lo que se desprende que estuvo consciente de ello y lo aceptó. De conformidad con el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, "cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de 30 días. Si la elección se declara en audiencia pública el término ser contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65". Contado este término de 30 días a partir de la publicación de la Resolución No. 017 de 2014 (acto acusado) el día 24 de septiembre de 2014 en el *Diario Oficial* No. 49284, se encuentra que la demanda se presentó casi 4 meses después, esto es, el día 14 de enero de 2015. Luego, operó el fenómeno de la caducidad, lo cual impone su rechazo.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., nueve (9) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00010-00

Actor: Duván Andrés Arboleda Obregón

Demandado: Universidad Surcolombiana

El señor Duván Andrés Arboleda, en nombre propio, el 14 de enero de 2015 presentó ante los juzgados administrativos del circuito de Neiva, demanda en contra de la elección del señor Pedro León Reyes como Rector de la Universidad Surcolombiana (USCO) 2014-2018, contenida en la Resolución No. 017 del 19 de septiembre de 2014, proferida por el Consejo Superior de esa institución educativa (Folios 1-28).

Después de efectuado el respectivo reparto el 15 de enero de 2015, la demanda le correspondió al Juzgado Primero Administrativo Oral de Neiva (Folio 46).

Este juzgado el 12 de febrero de 2015, remitió el expediente por competencia a la Sección Quinta del Consejo de Estado (Folios 48-50), pues lo que pretende el actor es que se anule la designación del Rector de la Universidad Surcolombiana, "que es un ente universitario del orden nacional creado por la Ley 55 de 1968 y reorganizado por la Ley 13 de 1976".

Una vez el expediente llegó al Consejo de Estado, mediante auto del 14 de mayo de 2015, se ofició a la Secretaría General de la Universidad Surcolombiana que certificara "...si la Resolución No. 017 de 2014 por la cual se designó al señor Pedro León Reyes como Rector de esa institución, proferida por el Consejo Superior de la Universidad, fue publicada en los términos que prevé el artículo 65 del CPACA".

Mediante escrito que obra a folio 60 del expediente, el Secretario General de la Universidad Surcolombiana certificó que la Resolución No. 017 de 2014, por la cual se designó al señor León Reyes como Rector para el período 2014-2018, "fue publicada en el Diario Oficial No. 49.284 del 24 de septiembre de 2014 y en la página web de la Universidad el día 19 de septiembre de 2014", respecto de lo cual anexó las respectivas constancias de publicación.

Para resolver sobre la admisión de la demanda se,

CONSIDERA:

El único medio de control previsto por el ordenamiento jurídico para someter a examen judicial de constitucionalidad y legalidad el acto que da acceso a la función pública, vía nombramiento o designación o vía elección, es la "**acción de nulidad electoral**", que preveía el anterior C. C. A. en el artículo 227 y que prevé el actual CPACA en el artículo 139 en concordancia con el 275 y siguientes.

De tal manera que cuando se trate de controlar judicialmente un acto de elección o nombramiento, no es de libre escogencia por el demandante acudir a otra vía procesal, puesto que se trata de un mecanismo reglado en tales términos.

Ahora bien, con fundamento en estos argumentos el Juzgado Primero Administrativo Oral de Neiva efectuó la remisión a la Sección Quinta de esta Corporación, en el sentido de señalar la acción pertinente (electoral) por la cual debería tramitarse el presente proceso y el juez especializado de la causa, frente a lo cual el actor no se opuso, de lo que se desprende que estuvo consciente de ello y lo aceptó.

De conformidad con el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, "cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de 30 días. Si la

elección se declara en audiencia pública el término ser contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65”.

Contado este término de 30 días a partir de la publicación de la Resolución No. 017 de 2014 (acto acusado) el día 24 de septiembre de 2014 en el *Diario Oficial* No. 49.284 (folio 62), se encuentra que la demanda se presentó casi 4 meses después, esto es, el día 14 de enero de 2015.

Luego, operó el fenómeno de la caducidad, lo cual **impone su rechazo**.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

Primero. Se rechaza la demanda que interpuso el señor Duván Andrés Arboleda Obregón contra la Resolución No. 017 de 2014, por medio de la cual se designó al señor Pedro León Reyes Gaspar como Rector de la Universidad Surcolombiana - período 2014-2018, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase la demanda y sus anexos al actor sin necesidad de desglose, dejando las anotaciones pertinentes.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR - Presupuestos

El artículo 235 del CPACA consagra la posibilidad de que el afectado con la medida provisoria pida su levantamiento prestando una caución para garantizar la reparación de los daños que se llegaren a causar con la decisión de revocarla.

De igual manera el inciso 2° de la misma disposición establece que la medida cautelar puede ser levantada, modificada o revocada de oficio o a petición de parte, cuando se advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, que estos han desaparecido, han sido superados o que es necesario variarla para que se cumpla, casos en los cuales no será necesario prestar la caución antes citada.

El papel más activo que se le otorgó al juez con las dinámicas implementadas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le dieron amplias facultades en cuanto a la aplicación de herramientas de cautela con miras a evitar posibles perjuicios, mientras se enjuicia la actuación de las autoridades públicas demandadas.

Igualmente, se le dieron poderes para determinar si en el transcurso del proceso las condiciones iniciales varían, para a su turno modificar también su apreciación sobre las medidas cautelares impuestas al inicio del juicio.

En palabras del profesor Gallegos Fedriani "es una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medida, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo".

Por ello, habrá de estar atento el juez de lo contencioso administrativo a todas las circunstancias de hecho o de derecho que puedan afectar la decisión provisoria tomada al comienzo del proceso, para, en caso de modificación, volver a realizar el correspondiente juicio valorativo sobre la pertinencia de mantener la medida.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - Artículo 235

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Levantamiento de la medida cautelar de suspensión provisional/LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR - Están demostradas las premisas para mantener la medida provisoria

En el caso concreto, el peticionario afirmó que no existía claridad sobre la procedencia o no de la demanda instaurada en tanto que propuso la excepción de "inexistencia del acto demandado" la cual fue desestimada por la Consejera Ponente, decisión frente a la cual interpuso el recurso de súplica.

Pues bien, la Sala debe advertir que desde que se presentó el medio de control quedó claro que el acto mediante el cual se declaró la elección fue el Formulario E-26 CA suscrito por los delegados del Consejo Nacional Electoral el día 21 de marzo de 2014, fecha a partir de la cual el demandante Yorgin Cely Ovalle contó el término de caducidad de la acción electoral.

En el propio auto admisorio de la demanda al analizar su presentación en tiempo, el Despacho manifestó que ante la situación *sui generis* ocurrida y reconocida por el Consejo Nacional Electoral, el medio de control se presentó dentro del término de caducidad contado a partir de la declaratoria de elección.

Como se dijo, la parte demandada presentó la excepción de "inexistencia del acto", la cual fue desestimada por el Despacho al decir que el conocimiento común y generalizado fue que la declaratoria de elección se dio en el Formulario E-26 CA suscrito por los delegados de la Comisión Escrutadora el día 21 de marzo de 2014.

Posteriormente, una vez estudiado el asunto en virtud del recurso de súplica, el resto de la Sala llegó a la conclusión que la demanda había sido presentada en tiempo contra el acto que contenía la declaración de la elección de la demandada como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, acto que existía desde que se declaró la elección, así en gracia de discusión, si se hubiere notificado días después, esta característica atañe a su oponibilidad mas no a su existencia, razón por la cual confirmó la decisión del Despacho.

Así las cosas, al encontrarse plenamente ajustadas a derecho las decisiones sobre la admisión de la demanda y las providencias que resolvieron lo relacionado con la excepción de "inexistencia del acto" y el recurso de súplica interpuesto frente a la misma, la Sala observa que las condiciones para proferir la medida cautelar en relación con la existencia del acto administrativo demandado, no han sido modificadas ni han tenido alteración alguna que amerite ser revaluada.

El solicitante sujetó su petición de levantamiento de la medida cautelar a la supuesta condición *sub judice* de la admisión de la demanda o del hecho que prosperara la excepción propuesta de "inexistencia del acto demandado", circunstancia que no se presentó una vez evacuado el recurso de súplica interpuesto.

Así, el persistir la proposición jurídica de la existencia del acto demandado y la situación que involucra la medida provisional decretada, no se encuentran elementos que conlleven su relevo.

Por lo anterior y ante la certeza del hecho objetivo que fundamentó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de la señora Johana Chaves García como Representante a la Cámara por el departamento de Santander; y, al encontrarse hasta este momento procesal demostradas las premisas para mantener la medida provisoria, los argumentos expuestos por

el peticionario no tienen la suficiente virtualidad para cambiar la valoración y decisión tomada por la Sala en su providencia de 13 de agosto de 2014 y confirmada el 8 de octubre de la misma anualidad.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28000-2014-00057-00

Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Santander

Procede la Sala a decidir la solicitud de levantamiento de la medida cautelar decretada dentro del proceso de la referencia, presentada por el apoderado de la parte demandada en la continuación de la diligencia de Audiencia Inicial adelantada el 27 de febrero del presente año (fls. 1799 y 1800 cdno. 5).

ANTECEDENTES:

1. En providencia de 13 de agosto del presente año, la Sala admitió la demanda de nulidad electoral instaurada por el señor Yorgin Harvey Cely Ovalle, contra la elección como Representante a la Cámara por el departamento de Santander de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA (fls. 307 a 328 cdno. 1).

2. En el mismo auto, la Sección suspendió el acto administrativo por medio del cual se declaró la elección de la demandada, por considerar que el material probatorio obrante en el plenario hasta ese momento procesal, valorado bajo las reglas de la sana crítica, llevaba a la necesidad de evitar los efectos del acto incoado, en cuanto a la declaratoria de la elección como Representante a la Cámara de la señora CHAVES GARCÍA.

3. El apoderado de la parte demandada interpuso el 11 de septiembre de 2014 recurso de reposición contra la decisión antes citada. Indicó que la figura de la doble militancia no está lo suficientemente decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la que no es posible en el momento de admitir la demanda decidir sobre la medida cautelar incoada. Propuso la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 y la de inconstitucionalidad e ilegalidad frente a la Resolución 1825 de 10 de julio de 2013 proferida por el Consejo Nacional Electoral.

Alegó que la inclusión de su poderdante como Directiva del Partido Opción Ciudadana, se dio sin su consentimiento y autorización y que no se cumplieron los pasos y etapas establecidas en los estatutos del partido para alcanzar la

dignidad de Directiva y ni siquiera tener el estatus de afiliada. Cuestionó que, sin haberse resuelto si el medio de control se presentó en tiempo, se haya decretado la medida cautelar, por cuanto en su criterio el Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014 proferido por el Consejo Nacional Electoral mediante el cual se tuvo como notificada la declaratoria de la elección, lleva como consecuencia que la demanda se hubiere presentado antes de tiempo (fls. 379 a 407 cuaderno 1).

4. De igual manera el mandatario de la parte pasiva presentó contestación a la demanda el 17 de septiembre de 2014, en la que propuso entre otras cosas, las excepciones de inexistencia del acto administrativo demandado y la ineptitud sustantiva de la demanda. Indicó que en atención a que el Acuerdo 003 del 30 de mayo de 2014 proferido por el Consejo Nacional Electoral ordenó notificar el acto de elección de JOHANA CHAVES GARCÍA como Representante a la Cámara y esto solo se dio el 3 de junio de 2014, la demanda fue presentada en forma extemporánea porque el acto administrativo era inexistente, razón por la cual resulta inepta y la jurisdicción no puede asumir su control (fls. 469 a 494 cdno. 1).

5. La Registraduría Nacional del Estado Civil a través de apoderada judicial contestó la demanda en escrito del 29 de septiembre de 2014 (fl. 556 a 578 cdno. 1), en el cual propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva al considerar que la entidad pública no tiene injerencia en la realización de los escrutinios ni en los resultados de los mismos y no tiene competencia para suspender o anular los efectos del acto declaratorio de elección de los candidatos al Congreso de la República.

6. Mediante auto del 8 de octubre de 2014 la Sección declaró improcedente el recurso de reposición interpuesto frente a la admisión de la demanda y no repuso la decisión de suspensión provisional de los efectos del acto que declaró la elección como Representante a la Cámara de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA. Consideró la Sala sobre la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, que no se puede invocar cuando exista un pronunciamiento de constitucionalidad de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado sobre la misma norma que se pretende inaplicar, por lo que, al haberse pronunciado el Alto Tribunal en la sentencia C-490 de 23 de junio de 2011 sobre la misma disposición, no asumiría el estudio de inconstitucionalidad propuesto.

En relación con la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad frente a la Resolución 1825 de 2013 proferida por el Consejo Nacional Electoral propuesta por el recurrente, la providencia indicó que no era el momento procesal idóneo para analizarla por cuanto era en la sentencia que se podría contar con los suficientes elementos de juicio para definir en forma definitiva la inaplicación. Añadió que la presunción de legalidad del acto administrativo citado se encontraba incólume y frente a él no se ejercieron las herramientas idóneas para su contradicción, salvo una solicitud de revocatoria directa impetrada el 18 de septiembre de 2014 (fls. 579 a 593 cdno. 1).

7. En la diligencia de audiencia inicial adelantada el 28 de noviembre de 2014, el Despacho sustanciador resolvió en la etapa pertinente las excepciones propuestas. Sobre la "inexistencia del acto" decidió no acceder a declararla, decisión frente a la cual el apoderado interpuso recurso de súplica, tramitado el cual se resolvió confirmar la decisión del Despacho sustanciador.

LA SOLICITUD

La petición de levantamiento de la medida cautelar se fundamentó en que al momento de proferir la medida cautelar se tuvieron como presupuestos: que la demanda estaba admitida, que no había operado la caducidad y que no se había planteado ninguna excepción previa como la "inexistencia del acto", razón por la cual cuando se decretó la suspensión de los efectos del acto no se había trabado la *litis*, por lo que hasta el momento no existe claridad sobre si la demanda puede o no prosperar, en el entendido de que en la otra demanda acumulada se negó la medida por extemporánea.

Planteó el mandatario que en este proceso donde se propone la excepción de "inexistencia del acto", está *sub judice* por consecuencia el auto admisorio de la demanda sin el cual no se podría emitir la medida cautelar, por lo tanto, las condiciones que se tuvieron en principio de seguridad sobre la procedencia de la demanda, tienen una variación sensible por encontrarse sujeto a un recurso de súplica ese aspecto fundamental de la admisión o no de esa demanda.

Por otra parte indicó que el Partido Centro Democrático no tiene representación en el Congreso en nombre del departamento de Santander y no importa quién en el momento esté ocupando el cargo, sino la representación del departamento de Santander, razón por la que solicitó el levantamiento de la medida cautelar y la continuación del proceso para que sea en la sentencia donde se defina de manera definitiva quién ocupe el cargo.

CONSIDERACIONES

Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar

El artículo 235 del CPACA consagra la posibilidad de que el afectado con la medida provisoria pida su levantamiento prestando una caución para garantizar la reparación de los daños que se llegaren a causar con la decisión de revocarla. De igual manera el inciso 2° de la misma disposición establece que la medida cautelar puede ser levantada, modificada o revocada de oficio o a petición de parte, cuando se advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, que estos han desaparecido, han sido superados o que es necesario variarla para que se cumpla, casos en los cuales no será necesario prestar la caución antes citada.

El papel más activo que se le otorgó al juez con las dinámicas implementadas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le dieron

amplias facultades en cuanto a la aplicación de herramientas de cautela con miras a evitar posibles perjuicios, mientras se enjuicia la actuación de las autoridades públicas demandadas. Igualmente, se le dieron poderes para determinar si en el transcurso del proceso las condiciones iniciales varían, para a su turno modificar también su apreciación sobre las medidas cautelares impuestas al inicio del juicio. En palabras del profesor Gallegos Fedriani "*es una relación continuativa, construida, por decirlo así, a medida, por el juez, según las exigencias del caso particular valorado, pueden estar sujetas aun antes de que se dicte la providencia principal, a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, todas las veces que el juez, a través de una nueva providencia, considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo*"¹.

Por ello, habrá de estar atento el juez de lo contencioso administrativo a todas las circunstancias de hecho o de derecho que puedan afectar la decisión provisoria tomada al comienzo del proceso, para, en caso de modificación, volver a realizar el correspondiente juicio valorativo sobre la pertinencia de mantener la medida. En el caso concreto, el peticionario afirmó que no existía claridad sobre la procedencia o no de la demanda instaurada en tanto que propuso la excepción de "inexistencia del acto demandado" la cual fue desestimada por la Consejera Ponente, decisión frente a la cual interpuso el recurso de súplica.

Pues bien, la Sala debe advertir que desde que se presentó el medio de control quedó claro que el acto mediante el cual se declaró la elección fue el Formulario E-26 CA suscrito por los delegados del Consejo Nacional Electoral el día 21 de marzo de 2014, fecha a partir de la cual el demandante Yorgin Cely Ovalle contó el término de caducidad de la acción electoral. En el propio auto admisorio de la demanda al analizar su presentación en tiempo, el Despacho manifestó que ante la situación *sui generis* ocurrida y reconocida por el Consejo Nacional Electoral, el medio de control se presentó dentro del término de caducidad contado a partir de la declaratoria de elección.

Como se dijo, la parte demandada presentó la excepción de "inexistencia del acto", la cual fue desestimada por el Despacho al decir que el conocimiento común y generalizado fue que la declaratoria de elección se dio en el Formulario E-26 CA suscrito por los delegados de la Comisión Escrutadora el día 21 de marzo de 2014 (fls. 1574 y 1574 vuelto cdno. número 5). Posteriormente, una vez estudiado el asunto en virtud del recurso de súplica, el resto de la Sala llegó a la conclusión que la demanda había sido presentada en tiempo contra el acto que contenía la declaración de la elección de la demandada como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, acto que existía desde que se declaró la elección, así en gracia de discusión, si se hubiere notificado días después, esta característica atañe a su oponibilidad mas no a su existencia,

¹ Gallegos Frediani, Pablo Óscar, "Control judicial de la Administración. Medidas Cautelares", en Derecho Procesal Administrativo, Buenos Aires Ed. Hammurabi, 2004, pág. 737.

razón por la cual confirmó la decisión del Despacho (fl. 1820 cdno. número 5).

Así las cosas, al encontrarse plenamente ajustadas a derecho las decisiones sobre la admisión de la demanda y las providencias que resolvieron lo relacionado con la excepción de “inexistencia del acto” y el recurso de súplica interpuesto frente a la misma, la Sala observa que las condiciones para proferir la medida cautelar en relación con la existencia del acto administrativo demandado, no han sido modificadas ni han tenido alteración alguna que amerite ser revaluada. El solicitante sujetó su petición de levantamiento de la medida cautelar a la supuesta condición *sub judice* de la admisión de la demanda o del hecho que prosperara la excepción propuesta de “inexistencia del acto demandado”, circunstancia que no se presentó una vez evacuado el recurso de súplica interpuesto. Así, el persistir la proposición jurídica de la existencia del acto demandado y la situación que involucra la medida provisional decretada, no se encuentran elementos que conlleven su relevo.

En efecto, las circunstancias iniciales mantienen su *statu quo* por cuanto la condición de Congresista de JOHANA CHAVES GARCÍA se acreditó con la copia auténtica del Formulario E-26 CA obrante en el folio 64 del Anexo 1; su pertenencia a la Dirección Nacional del Partido Opción Ciudadana está demostrada con la copia autenticada de la Resolución 1825 de 10 de julio de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral que goza de la presunción de legalidad y hasta el momento no ha sido suspendida o anulada, visible a folio 78 y siguientes del Anexo 1; la aceptación e inscripción como candidata a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander por el Centro Democrático el día 9 de diciembre de 2013 se evidencia con la carta de aceptación de la aspiración y la copia del Formulario E-6 CT obrantes a folios 188 y 189 del cuaderno 1 del expediente. Para la Sala, revisadas las anteriores circunstancias, resulta evidente que no se ha presentado

cambio alguno en ellas, las cuales, contrastadas con el dispositivo legal invocado como transgredido en la solicitud de suspensión provisional (art. 2º Ley 1475 de 2011), llevan a la convicción en este momento procesal de que los efectos del acto administrativo que declaró la elección de la demandada deben permanecer en suspenso.

Por lo anterior y ante la certeza del hecho objetivo que fundamentó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA como Representante a la Cámara por el departamento de Santander; y, al encontrarse hasta este momento procesal demostradas las premisas para mantener la medida provisoria, los argumentos expuestos por el peticionario no tienen la suficiente virtualidad para cambiar la valoración y decisión tomada por la Sala en su providencia de 13 de agosto de 2014 y confirmada el 8 de octubre de la misma anualidad.

Por las anteriores razones y con fundamento en el último inciso del artículo 277 del CPACA la Sala,

RESUELVE:

Negar el levantamiento de la medida cautelar pedido por el apoderado de la parte demandada dentro del proceso de la referencia.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz

Conjuez

**PROCESO ELECTORAL - Recurso de reposición/
RECURSO DE REPOSICIÓN - Contra el auto
que admitió la demanda y negó la solicitud
de suspensión provisional/SUSPENSIÓN
PROVISIONAL - Ser conjuer de la Sala no
comporta desempeño de cargo público**

El señor Carlos Mario Isaza, actuando en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral el 30 de septiembre de 2014, ante la Secretaría de la Sección Quinta, con el fin de anular el acto de elección del doctor Edgardo José Maya Villazón en el cargo de Contralor General de la República (2014-2018).

La solicitud de suspensión provisional presentada el día 2 de octubre de 2014, en escrito separado, la fundamentó en que el acto de elección transgredió el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, en cuanto el elegido no reunía las condiciones constitucionales de elegibilidad, pues ocupó durante el año inmediatamente a su elección como Contralor, el cargo público de conjuer de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

La Sala encuentra que el recurrente plantea nuevamente su argumento sobre la calidad de cargo público que desempeña el conjuer e incluso ataca el precedente que sirvió de sustento en esta oportunidad para apoyar la decisión denegatoria de la medida cautelar.

Pues bien, es claro que el recurso de reposición al ser un medio de impugnación tendiente a ser conocido por el propio operador que emitió la decisión debe contener en su postulación argumentos nuevos o por lo menos dejados de ver por el juez en su propia decisión, pero no recabar en lo ya decidido.

Los argumentos invocados por el recurrente no tienen la entidad para enervar las consideraciones que se hicieron en el precedente de la Sala, el cual sirvió de soporte a la decisión objeto de reposición y que implicaría un giro en la posición de la Sala tendiente a la rectificación jurisprudencial, frente a la cual no se ha observado cambio en el supuesto jurídico que se analizara en esa oportunidad pretérita.

No debe olvidarse que las normas ante todo son enunciados que buscan expresar un significado con efectos jurídicos para el supuesto fáctico que en este se encuadre y frente al cual el juez tiene poder interpretativo dentro del límite que la disposición le indica, por eso, en más de las veces y dado su contenido semántico podrá tener un mayor o menor margen de interpretación.

Lo cierto es que en el presente caso lo claro es que la inhabilidad para ser elegido Contralor General de la República es haber ejercido cargo público un año antes a la elección. Pero la falta de claridad está en que no existe norma que con la misma fácil

comprensión y significación indique que la calificación de cargo público es connatural a la actividad de conjuer.

He ahí, se reitera, por qué se deben hacer tantas elucubraciones, conexiones normativas y de significados –como los planteados por el demandante– para intentar evidenciar que sí lo es. (...) Ha de advertirse que hacer la deducción en los términos como lo pretende el memorialista de reputar que todo servidor público ejerce cargo público, en esta etapa de la medida cautelar y sin tener norma expresa que así lo disponga ni que sea viable interpretar a estas alturas del proceso, sí implicaría entrar en el tema del argumento falaz de accidente para aplicar en forma absoluta la generalidad del servicio público a la particularidad del cargo o empleo público, llevándose por delante la presunción de legalidad del acto administrativo, cuyo quebrantamiento impone una carga para el interesado más allá de la sola elucubración inferida. Así las cosas, lo que se advierte es la disconformidad de no haber accedido a los propósitos de la parte actora, pero no basados en argumentos nuevos que implicaran al juez revocar o modificar su decisión sino planteando los mismos argumentos de la solicitud de suspensión provisional que presentó, que ya fue decidida en el auto recurrido, solo que en la reposición lo plantea dentro de otra órbita, como en efecto lo son los aspectos semánticos y filosóficos, en cuanto a la sugerencia de estudio de las falacias argumentativas.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., diez (10) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00133-00

Actor: Carlos Mario Isaza Serrano

Demandado: Contralor General de la República

Se decide el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto de la Sala de 14 de mayo de 2015, mediante el cual se negó la solicitud de suspensión provisional contra el acto de elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN en calidad de Contralor General de la República 2014-2018.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y solicitud de suspensión provisional

El señor Carlos Mario Isaza, actuando en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral el 30 de septiembre de 2014¹, ante la Secretaría de la Sección Quinta, con el fin de anular el acto de elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN en el cargo de Contralor General de la República (2014-2018).

¹ Folio 23 vto.

La solicitud de suspensión provisional presentada el día 2 de octubre de 2014², en escrito separado³, la fundamentó en que el acto de elección transgredió el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, en cuanto el elegido no reunía las condiciones constitucionales de elegibilidad, pues ocupó durante el año inmediatamente a su elección como Contralor, el cargo público de conjuez de la Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

2. El auto recurrido

La Sala de la Sección Quinta mediante auto de 14 de mayo de 2015 negó la suspensión de los efectos del acto administrativo de elección demandado, con base en las siguientes consideraciones: i) la triple competencia de los conjueces al interior de esta Corporación, consistente en suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; desempatar las decisiones jurisdiccionales y completar el quórum decisorio (art. 61 de la Ley 270 de 1996, armonizada con el CPACA en sus artículos 115 y 116); ii) la falta de encuadramiento del cargo de conjuez en el concepto y alcance de cargo público que es el que prevé la norma inhabilitante; iii) el precedente judicial de 5 de junio de 2012 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el que se trató tema similar relacionado con el ejercicio de la actividad de conjuez en el caso de la nulidad electoral de la entonces Contralora Sandra Morelli, quien también había hecho parte del grupo de conjueces del Consejo de Estado previamente a su elección en la entidad de control y iv) la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional invocada por el solicitante tampoco da claridad, al emplear indistintamente para referirse al conjuez con expresiones tales como: “*calidad especial*”, “*servidor público*”, “*servidor público especial, sui generis, pero servidor público*” y “*servidor público que ejerce funciones públicas transitoriamente*”.

Por lo anterior, no se puede reputar al conjuez como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuez en las Altas Cortes.

3. El recurso de reposición

El demandante interpuso recurso de reposición contra el citado auto. Manifestó su disconformidad con la decisión porque:

3.1. Se articuló en sentido inverso, es decir, negando la aplicación de la norma inhabilitante por extensión de un elemento normativo ajeno a la misma disposición como es la calidad de servidor público del conjuez, para ingresar a otro sofisma como en efecto es el ejercicio de funciones, prescindiendo del cargo que las posibilita.

El auto da a entender que el cargo de conjuez no presenta vínculo subjetivo con el Estado de los especificados en el artículo 123 superior porque el ejercicio de funciones es temporal y no permanente, sin tener en cuenta las razones orgánicas que lo hacen posible y las funciones que cumple.

3.2. Se afirmó por la Sala que el conjuez es un particular que ejerce temporal o transitoriamente funciones públicas ante el impedimento del juez natural y ello “*es pretender la operativización de la norma inhabilitante con elementos jurídicos ajenos a su estructura para enervar su aplicación, dado que aquella no exige haberse desempeñado como servidor público sino haber ocupado cargo público..., que también es posible hacerlo a través de la calidad de particular que desempeña funciones públicas*”.

Con esa consideración se incurrió en la llamada falacia de accidente al desatender la estructura de la norma inhabilitante, pues se hace una generalización a partir de un elemento accidental ajeno a ella, como en efecto lo es la calidad de servidor público. Indicó que está vedado para la Sala extraer conclusiones a partir de cosas que solo son ciertas accidentalmente y ajenas a la estructura de la norma prohibitiva, que llevaron a inaplicarla con el consecuente deterioro de los derechos fundamentales del recurrente, en atención a que “*el género es el cargo público y las especies son quienes lo ocupan: servidores públicos o particulares que desempeñan funciones públicas*”.

3.3. La decisión también incurrió en falacia de petición de principio, por cuanto la proposición que debía ser probada la incluyó explícitamente en las premisas de su argumentación, incurriendo en contradicciones como: i) dejar de considerar que un servidor público, especial o no, *sui generis* o no, se desempeña a través de un cargo público; ii) dejar de considerar que el juez natural solo puede ser reemplazado por otro juez de sus mismas calidades y condiciones; iii) perder de vista que cuando el conjuez asume funciones lo hace orgánica y funcionalmente, solo que no encuadra dentro del régimen general de inhabilidades o incompatibilidades de los jueces y magistrados. Pero precisamente la norma alude a cargo público no al servidor público; cargo público que también es desempeñado por notarios y jueces de paz.

3.4. Manifestó su desacuerdo en equiparar la naturaleza jurídica del conjuez con la de un particular investido transitoriamente de la potestad de administrar justicia, porque ese particular llega a reemplazar en su cargo a un juez impedido para decidir, por ende, ocupa un cargo público.

3.5. Indicó que la norma no prevé que el cargo se desempeñe de forma permanente o transitoria, en propiedad o en provisionalidad. La norma inhabilitante no se refiere al desempeño de servidor público sino a cargo público, “*razón por la cual todo podrá afirmar la Sala, menos que un conjunto de funciones públicas atribuidas a un servidor público o a un*

2 Folio 130.

3 Folios 127 a 130.

particular que desempeña funciones públicas, no constituyen cargo público".

3.6. Dijo sorprenderse por qué únicamente la decisión empleó los artículos 115 y 116 del CPACA para aludir a los propósitos en la función del conjuetz y sobre quiénes no pueden ser conjuetes, pero dejó de lado, la segunda parte del artículo 116 sobre posesión y duración del cargo de conjuetz (fls. 470 a 474).

4. El contraargumento de la parte demandada

El elegido, a través de apoderado, recorrió el traslado del recurso y solicitó mantener incólume la providencia recurrida, en atención a que si bien conforme al artículo 122 incisos 1º y 2º de la Constitución Política, las nociones de cargo y empleo públicos se encuentran estrechamente interrelacionadas pudiendo usarse de manera indistinta, pero siendo necesario entender el concepto de empleo público.

Para tal efecto, es indispensable acudir a la definición del artículo 19 de la Ley 909 de 2004 y la sentencia C-1174 de 2005 en el que la Corte Constitucional estimó que dentro de los elementos que componen dicha noción está la incorporación a una planta de personal y la remuneración, que no se predica de los conjuetes. Finalmente indicó que el criterio de permanencia no es caprichoso y de hecho permite a los conjuetes ejercer la profesión de abogado, en atención a que la mayoría de quienes integran las listas de conjuetes son litigantes, no se incorporan a la planta de personal y su pago se hará por honorarios no por remuneración, así que los conjuetes no reúnen la totalidad de los elementos de la noción de empleo público.

Así las cosas y dado que la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades es restrictiva, así mismo su interpretación no puede ser extensiva, so pena de vulnerar el artículo 40 constitucional (fls. 479 a 486).

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

Esta Sala es competente para conocer de la reposición del auto que negó el decreto de suspensión provisional, toda vez que se trata de un proceso de única instancia, conforme a las voces del artículo 149 numeral 4º del CPACA y por el hecho de que el auto fue proferido por la Sala, conforme al artículo 125 ibídem.

2. El caso concreto

La Sala encuentra que el recurrente plantea nuevamente su argumento sobre la calidad de cargo público que desempeña

el conjuetz e incluso ataca el precedente que sirvió de sustento en esta oportunidad para apoyar la decisión denegatoria de la medida cautelar.

Pues bien, es claro que el recurso de reposición al ser un medio de impugnación tendiente a ser conocido por el propio operador que emitió la decisión debe contener en su postulación argumentos nuevos o por lo menos dejados de ver por el juez en su propia decisión, pero no recabar en lo ya decidido.

En efecto, el actor acusa la decisión de falaz (de accidente y de petición de principio) y llena de sofismas, al considerar que la Sección Quinta con el auto recurrido se apartó en forma inversa de la norma, ante el concepto de que indefectiblemente el cargo de conjuetz es cargo público.

En primer lugar, la Sala recuerda que se está frente a la medida cautelar de suspensión y no a la sentencia con la que se define el fondo del asunto.

Las solas disertaciones de ambas partes, tanto del recurrente como del demandado al responder a la impugnación en reposición, evidencian que el tema no es de aquellos que se advierta violatorio de las normas invocadas como transgredidas o del estudio de las pruebas allegadas, en atención acceder a la intención del recurrente implica la concatenación de varias normas y la deducción de conceptos y alcances semióticos de varias expresiones que resultan en este momento conceptos flexibles para adecuar y armonizar que en nada beneficiarían al análisis objetivo propio de la medida para hacer Cesar los efectos del acto presumido de legal.

Además, los argumentos invocados por el recurrente tampoco tienen la entidad para enervar las consideraciones que se hiciera en el precedente de la Sala el cual sirvió de soporte a la decisión objeto de reposición y que implicaría un giro en la posición de la Sala tendiente a la rectificación jurisprudencial, frente a la cual no se ha observado cambio en el supuesto jurídico que se analizara en esa oportunidad pretérita.

No debe olvidarse que las normas ante todo son enunciados que buscan expresar un significado con efectos jurídicos para el supuesto fáctico que en este se encuadre y frente al cual el juez tiene poder interpretativo dentro del límite que la disposición le indica, por eso, en más de las veces y dado su contenido semántico podrá tener un mayor o menor margen de interpretación.

Lo cierto es que en el presente caso lo claro es que la inhabilidad para ser elegido Contralor General de la República es haber ejercido cargo público un año antes a la elección. Pero la falta de claridad está en que no existe norma que con la misma fácil comprensión y significación indique que la calificación de cargo público es connatural a la actividad de conjuetz.

He ahí, se reitera, por qué se deben hacer tantas elucubraciones, conexiones normativas y de significados –como los planteados por el demandante– para intentar evidenciar que sí lo es.

Es claro entonces, que dejar la suerte de la medida cautelar sobre todo tratándose de los efectos de la presunción de legalidad del acto de elección de un funcionario cabeza de uno de los entes de control, a tantas concatenaciones asociativas entre conceptos y elucubraciones sí constituiría una afectación a la legitimidad y legalidad de un sector del Estado, pues mientras no se observe en forma determinada o por lo menos determinable que el acto es violatorio del ordenamiento superior, mal podría el juez de la nulidad electoral quitarle los efectos al acto en la adopción de una medida que ha sido instituida, como toda cautelar, en una decisión inmediata, necesaria y preventiva de los efectos nocivos del acto administrativo que se advierte con cierta certeza contra *legem* o por fuera de la ley, por exceso o por defecto.

Sobre la interesante, pero no compartida, argumentación de que el pronunciamiento incurrió en las falacias por accidente inverso y de petición por principio, valga aclarar que dentro de las falacias materiales o frente a la cosa significada, aunque constituyen una importante herramienta dentro de la lógica argumentativa y filosófica, siempre deben aplicarse conforme al contexto procesal y jurídico de la etapa del juicio de que se trate.

Se afirma de ese modo porque analizar si el razonamiento es errado (falaz) por aplicar a una excepción o a un caso particular de poca ocurrencia una regla general, para entrar en la llamada falacia de accidente inverso no es lo acontecido en este caso, pues precisamente como se indicó en la providencia recurrida, la claridad normativa se advierte del contenido del significante “*servidor público*”, que no siempre conlleva el ejercicio de los propósitos misionales de la figura de “*cargo público*”.

Ha de advertirse que hacer la deducción en los términos como lo pretende el memorialista de reputar que todo servidor público ejerce cargo público, en esta etapa de la medida cautelar y sin tener norma expresa que así lo disponga ni que sea viable interpretar a estas alturas del proceso, sí implicaría entrar en el tema del argumento falaz de accidente para aplicar en forma absoluta la generalidad del servicio público a la particularidad del cargo o empleo público, llevándose por delante la presunción de legalidad del acto administrativo, cuyo quebrantamiento impone una carga para el interesado más allá de la sola elucubración inferida.

Tampoco encuentra la Sala que la decisión esté sustentada en otra de las falacias materiales que invoca el memorialista, como en efecto lo es la falacia de “*petición de principio*”, y no puede serlo porque es un tema de probanza argumentativa en la que se incurre por dos vías, a saber: la demostración

de una cosa por virtud de ella misma o cuando la argumentación se sustenta en premisa que también necesita ser probada. Es claro que razonamientos válidos o inválidos, correctos o incorrectos, falaces o no, en materia indirecta o probatoria solo podrán ver su sentido y alcance al momento de contar con todo el acervo probatorio, todo el ámbito argumentativo normativo y jurídico y todo el panorama que las postulaciones de las partes para dar claridad al operador jurídico.

No en vano sectores de la doctrina con buen criterio afirman respecto de la mencionada falacia lo siguiente: “*Podríamos decir simplemente que la información que nos provee la conclusión está contenida (o incluida) en la información que nos proveen las premisas, o algo por el estilo. Pero nos damos cuenta inmediatamente de que este movimiento terminará por acarrear más problemas ya que nos enfrenta directamente con el viejo resultado de que **todos los argumentos lógicamente válidos cometen una petición de principio**. Hay quienes enfrentados a estas y otras dificultades, han decidido abandonar de caracterizar de modo apropiado a la petición de principio... **debemos limitarnos a inspeccionar la validez de los argumentos por un lado y la verdad o grado de probabilidad de sus premisas, por el otro. No existe nada más que debiera preocuparnos a la hora de juzgar la virtud de un argumento***”⁴.

La acusación del memorialista de haber dejado de considerar que un servidor público, especial o no, *sui generis* o no, se desempeña a través de un cargo público; así como que el juez natural solo puede ser reemplazado por otro juez de sus mismas calidades y condiciones o perder de vista que cuando el conjuer asume funciones lo hace orgánica y funcionalmente, solo que no encuadra dentro del régimen general de inhabilidades o incompatibilidades de los jueces y magistrados, como manifestaciones indicativas de que se trata del ejercicio de cargo público, excede los límites del análisis de la suspensión provisional y se advierte muy adelantada en el tiempo respecto de la decisión de fondo.

Se recaba entonces que no se trató de un argumento considerativo circular –propio del tipo de falacia– como lo entiende el recurrente entre las expresiones servidor público y/o cargo público sino devenido de que no todos los presupuestos que caracterizan y dan nombre al “*cargo público*” se reúnen en la figura del conjuer, siendo esta la expresión contenida en la norma que fija la inhabilidad del Contralor General de la República.

Así las cosas, lo que se advierte es la disconformidad de no haber accedido a los propósitos de la parte actora, pero no basados en argumentos nuevos que implicaran al juez revocar o modificar su decisión sino planteando

⁴ Villaró, Ignacio. “Una definición pragmática de la falacia de petición de principio”. Areté. Revista de Filosofía. Vol. XXII. N° 1. 2010. P.p. 107-127. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM.

los mismos argumentos de la solicitud de suspensión provisional que presentó, que ya fue decidida en el auto recurrido, solo que en la reposición lo plantea dentro de otra órbita, como en efecto lo son los aspectos semánticos y filosóficos, en cuanto a la sugerencia de estudio de las falacias argumentativas.

En consecuencia, la decisión no se repondrá.

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA,

RESUELVE:

No reponer el auto de 14 de mayo de 2015, proferido por la Sección Quinta, en el que se negó el decreto de suspensión

provisional del acto de elección del doctor EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN como Contralor General de la República 2014-2018.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

Jaime Córdoba Triviño

Conjuez

Augusto Hernández Becerra

Conjuez

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Intervención en gestión de negocios ante entidad pública dentro de los seis meses anteriores de elección/INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Celebración de contratos con entidad pública dentro de los seis meses anteriores de elección/INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto de elección de la Representante a la Cámara Ana María Rincón Herrera, por el departamento del Huila, período 2014-2018.

El cargo: en concreto, el actor sostiene que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por haber violado el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política y, por ende, violatorio del artículo 275 numeral 5º del CPACA. (...) sobre la causal de inhabilidad de intervención en celebración de contratos con entidades públicas se recuerda que la censura está directamente relacionada con el contrato que la Congresista celebrara con el Fondo Mixto de Cultura y Turismo del Huila Fomcultura.

En relación con esta censura, y lo que resultó probado, la Sala encuentra en forma temprana que no está llamada a prosperar, toda vez que el contrato de prestación de servicios fue suscrito por la Congresista el 29 de abril de 2013, es decir, antes de que empezara el período inhabilitante que abarcó desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014 –6 meses anteriores al día de las elecciones–. Así que el contrato lo suscribió casi 5 meses antes del período fijado en la Constitución. E incluso el contrato se terminó anticipadamente por cumplimiento del objeto contractual en agosto de 2013.

Por lo anterior, al carecer del presupuesto temporal para constituirse en conducta inhabilitante el argumento carece de prosperidad y no puede generar la nulidad del acto de declaratorio de elección. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios con entidades públicas (...) en el caso concreto, las gestiones de la demandada devienen de negocios de los llamados de adhesión o de condiciones generales o estándar o tipo, por cuanto son elaborados unilateralmente por la entidad, en este caso vigilada por la Superfinanciera, y cuyas cláusulas y/o condiciones no son susceptibles de discusión previa, libre ni espontáneamente por el cliente, pues este se limita a expresar su aceptación o rechazo en su integridad.

Lo cierto, para la Sala como operador de la nulidad electoral, es que las tratativas y los negocios de adhesión –a pesar de que las partes se someten a cláusulas preconcebidas por la autoridad de control y vigilancia estatal– son negocios jurídicos contractuales perfectos generadores de derechos y obligaciones, y como tal, sus tratativas y gestiones no se desdibujan como actos precontractuales perfectos y encuadrables dentro de la intervención en la gestión de negocios, pues no pueden

invalidarse con el derrotero de la restricción de los elementos del consentimiento o de la voluntad de las partes, lo cual solo acontece en casos excepcionales ante la existencia de una tratativa o cláusula “leonina” o que viole los principios generales de la contratación o normas constitucionales o legales, que no es del caso en el asunto que ocupa a la Sala.

Encuentra la Sala, que la gestora doctora Ana María Rincón Herrera dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina.

Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara Ana María Rincón Herrera (período 2014-2018), en tanto se probó que con conductas concretas, activas y dinámicas como gestora de la entidad financiera incurrió en la inhabilidad de gestionar negocios con entidades públicas durante el término inhabilitante y, por ende, la elección fue contraria a derecho, de conformidad con el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política. En consecuencia, se cancelará la credencial correspondiente, conforme al artículo 288 numeral 3º del CPACA, y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

Nota de Relatoría: Con auto de 7 de septiembre de 2015, se negó la solicitud de aclaración de la sentencia. (Inserto al final).

Fuente Formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 3

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00

Actor: Iván Medina Ninco

Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción del Huila

Procede la Sala a decidir la acción de nulidad electoral promovida en contra del acto de elección de la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA como Representante a la Cámara por la circunscripción territorial del Huila 2014-2018.

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA

1.1 Las pretensiones

El señor Iván Medina Ninco, abogado, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

“Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo de contenido electoral conformado por el Acta General de Escrutinio iniciada el día 11 de marzo de 2014 y finalizada el 19 de marzo de 2014 –practicada y suscrita por los Delegados Departamentales del H. Consejo Nacional Electoral en el departamento del Huila–, así como por el Formulario E26-CAM suscrito por dicha Comisión Escrutadora –en el que se consignó el resultado del escrutinio de las elecciones del 9 de marzo de 2014 y se profirió la declaratoria de elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción departamental del Huila, para el periodo constitucional 2014-2018-, en lo que atañe a la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, identificada con cédula de ciudadanía número 36.166.307, elegida Representante a la Cámara por el departamento del Huila de la lista del Partido de la U, nulidad esta que implica la cancelación de la respectiva credencial, la que se hará efectiva con la ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 288.3 del CPACA.

Segunda: Que ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad solicitada, se declare la elección de quien finalmente resulte elegido de la lista del Partido de la U y se le expida su respectiva credencial, si a ello hubiere lugar.

Tercera: Que se comunique al Consejo Nacional Electoral, a la Mesa Directiva de la H. Cámara de Representantes, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Ministerio del Interior y de Justicia, para los efectos judiciales y legales consiguientes” (fl. 89 cdno. ppal).

1.2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, sostuvo que:

1.2.1. El día 9 de marzo de 2014, se llevaron a cabo las votaciones para escoger miembros del Congreso de la República 2014-2018.

1.2.2. El día 11 de marzo de 2014, comenzó el escrutinio en el departamento del Huila, resultando elegida Representante a la Cámara la demandada ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, por el Partido de la U, por la circunscripción del departamento

del Huila, con un caudal electoral de 19.573 votos, con el que obtuvo la única curul que esa colectividad ganara en dicho departamento.

1.2.3. Luego de dejarse las constancias respectivas, la diligencia de escrutinio se levantó y quedó ejecutoriada para todos los efectos jurídicos el día 19 de marzo de 2014.

1.2.4. Indicó que no interpuso reclamación o recurso alguno ante las autoridades electorales con respecto a los vicios de carácter subjetivo que encontró en la elección de la demandada (fls. 90 a 91 cdno. ppal.).

1.3. Normas violadas y concepto de violación

El actor considera violadas las siguientes disposiciones normativas: i) el artículo 275 numeral 5 del CPACA; ii) el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política y iii) el artículo 137 del CPACA.

Explicó que el acto de elección demandado se encuentra viciado de nulidad, porque la doctora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, fue elegida estando incurso en una de las causales de inhabilidad consagrada en la Constitución Política de 1991, artículo 179.3, esto es, haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, y en la celebración de contratos con ellas en interés propio y/o en el de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de su elección.

Como consecuencia de dicha inhabilidad constituida por dos hechos totalmente independientes que se dieron en el presente caso, quedó por lo tanto, configurada, la causal especial de anulación electoral contemplada en el artículo 275.5 del CPACA, consistente en que el acto de elección es nulo cuando se elijan candidatos que se hallen incurso en causales de inhabilidad, así como también la causal genérica dispuesta en el artículo 137 del CPACA, traducida en la expedición del acto electoral con infracción de las normas en que debería fundarse.

Indicó que la causal de inhabilidad está integrada por dos eventos:

1.3.1. Intervención en gestión de negocios ante entidades públicas y,

1.3.2. Intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros.

Luego de explicar la teoría fundamento de esas conductas inhabilitantes, descendió a la particularidad de la situación de la demandada y afirmó:

-En relación con la gestión de negocios que la demandada dentro de los seis meses anteriores a la elección –entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014 fungió como Gerente del Banco Finandina y en desarrollo de esa actividad gestionó negocios de servicios financieros con entidades

públicas del orden territorial, denominada SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS, ALCANTARILLADOS Y ASEO-AGUAS DEL HUILA S.A. ESP¹ –Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, descentralizada del orden departamental, cuyos accionistas son el departamento y sus municipios. Así mismo, con el *MUNICIPIO DE NEIVA*.

-Sobre la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros. Esta conducta es inhabilitante, en atención a que no se debe derivar ventaja electoral a través de contratos estatales que satisfacen las necesidades de la comunidad. Particularmente, indicó que la demandada suscribió contrato estatal de orden de prestación de servicios FM-0417-01 popular, el día **29 de abril de 2013** con el Fondo Mixto de Cultura del Huila - Fomcultura por veinticinco millones de pesos (\$25.000.000,00) con recursos provenientes de la Alcaldía de Neiva, en desarrollo de un contrato interadministrativo 0417 de 2013, denominado Festival Nacional y Popular, con plazo contractual de cinco meses hasta el 29 de septiembre de 2013, es decir, dentro del período inhabilitante para las elecciones de 9 de marzo de 2014.

El interés particular propio de la demandada deviene de su ejercicio como Directora del Festival del Municipio de los Reinados Popular y Señorita Neiva del Bambuco, de acuerdo con la propuesta presentada por ella misma.

Invocó también causal genérica de nulidad que sustentó en la infracción de las normas en las que debería fundarse el acto de elección, atinentes a la regulación que previene y erradica factores que pueden alterar o desequilibrar indebidamente los resultados de las elecciones. Específicamente mencionó el artículo 13 de la Constitución Política (principio a la igualdad) y el artículo 40 *ibídem* (derecho a participar en la conformación del poder político) por haber declarado la elección de una persona inhabilitada.

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.1. La demandada ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de la nulidad del acto de elección que declaró a la poderdante Representante a la Cámara por el departamento del Huila 2014-2018.

Indicó que en el recorrido profesional de la demandada fue designada Gerente Local de la agencia del Banco Finandina

en la ciudad de Neiva, entidad financiera privada, a la cual se vinculó efectivamente el 22 de julio de 2013, época para la cual no tenía vínculo directo alguno con la actividad política y menos era precandidata o candidata a ninguna Corporación Pública.

La demandada es madre cabeza de familia de su único hijo Sergio Younes Rincón quien culminó su carrera de abogado y se dedicó a la actividad política, siendo elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Huila 2011-2015, en las listas del Partido de la U.

En el año de 2013 Sergio Younes renunció a la curul como Diputado para aspirar a la Cámara de Representantes por el Partido de la U y estando en actividad proselitista, el día 25 de enero de 2014 falleció en un accidente automovilístico entre los municipios de Hobo y Campoalegre en el departamento del Huila.

Agregó *“Después de la muerte de su hijo y a solicitud de los directivos del partido político al que él pertenecía, aceptó reemplazarlo en su aspiración al Congreso de la República como un homenaje a su trayectoria y dedicación, sin experiencia alguna sobre tal actividad y a riesgo de haberse desvinculado del empleo en el Sector Privado que venía desempeñando, asumiendo inclusive las deudas que aquel había adquirido para financiar la actividad a la que se había comprometido”* (fl. 263).

La doctora RINCÓN HERRERA resultó elegida Representante a la Cámara luego de los comicios del 9 de marzo de 2014, sin que su inscripción ni su elección fueran impugnadas por vicio alguno.

El artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política, disposición sustento de la demanda electoral, no es aplicable a la elección de la demandada porque uno de los propósitos del Estado Social y Democrático de Derecho enseña que si bien todas las personas que consideren reunir las condiciones exigidas tienen derecho a participar en la conformación del poder político, la actividad debe desarrollarse dentro de los postulados de las sanas prácticas políticas fundadas en la transparencia, la moralidad y la igualdad de trato entre los distintos aspirantes.

Por otra parte, la expresión del voto popular como manifestación del sentir del pueblo, no es óbice para que el juez contencioso administrativo especializado en materia electoral, despliegue la facultad de revisión si en el curso de determinada elección se han presentado situaciones atinentes al elegido o a su votación, que puedan comprometer la validez del resultado y poner en entredicho el fundamento Democrático del Estado, pero a su vez, se estudie la controversia sobre el trascendente derecho fundamental de elegir y ser elegido, pues *“es de suyo consecuente considerar que la verificación de la legalidad de una elección responda a la aplicación de un riguroso criterio valorativo sobre la existencia o no de eventuales vicios que pudiesen comprometer el resultado y la posición de quien ha*

1 Mediante la Escritura Pública No. 568 del 28 de febrero de 1990, protocolizada en la Notaría Primera del Circuito de Neiva, en desarrollo de la autorización contenida en la Ordenanza No. 038 surgió la Empresa, Aguas del Huila S.A., creada como una entidad descentralizada indirecta del orden departamental, sometida a las normas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, adoptando la forma de una Sociedad por Acciones. La empresa se crea en concurrencia armónica del Departamento y sus municipios integrando la sociedad como una entidad especializada dentro del sector de agua y saneamiento. Posteriormente, en noviembre de 2005, la Sociedad se transforma en una Empresa administradora y operadora de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, sometida al Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios de nuestro País –Ley 142 de 1994-. Disponible en línea: [<http://www.aguasdelhuila.gov.co/cms/institucional/historia>].

“sidó favorecido con la decisión de la voluntad popular” (fl. 264 cdno. ppal.).

Respecto de la causal de gestión de negocios es entendida como la realización de actividades directa e inequívocamente encaminadas a proponerle expresamente a una entidad pública la celebración específica de determinados negocios, bajo condiciones concretas que permitan al destinatario sopesar las ventajas que le reportaría aceptar el negocio, pero que a su vez le signifique al candidato gestor beneficios que no obtendrían los demás aspirantes que carecen de ese poder de influencia. Es la potencialidad de la obtención de ventaja del gestor sobre los demás candidatos.

De tal suerte que dentro de la gestión de negocios no se incluyen actividades netamente informativas sobre los servicios que prestan entidades del sector privado, menos cuando se trata de un servicio público y que incluso es requerido a iniciativa de la entidad estatal para el manejo de sus propios asuntos.

En relación con la **celebración de contratos** indicó la parte demandada que se sustenta en la concreción jurídica del perfeccionamiento del contrato, esto es, que el contrato ha sido debidamente suscrito por las partes intervinientes, una de ellas el elegido, independientemente del período de ejecución.

Citando el precedente de la Corte Constitucional C-618 de 1997, expuso que para el caso, se acusó a la demandada de que en su condición de Gerente en Neiva del Banco Finandina ofreció a varias entidades públicas servicios financieros que se materializaron en contratos bancarios y haber suscrito contrato u orden de prestación de servicios en beneficio propio con el Fondo Mixto de Cultura y Turismo del Huila.

Lo primero que afirma es que el ofrecimiento de servicios financieros de Finandina al municipio de Neiva, a través de su tesorero, se adelantó el 13 de agosto de 2013, es decir, por fuera y anterior al periodo inhabilitante de los seis (6) meses anteriores a la elección, que comenzó el 9 de septiembre de 2013.

Lo segundo, es que el contrato con el Fondo Mixto de Cultura y Turismo del Huila se inició y empezó a ejecutarse el 29 de abril de 2013 y se terminó el 29 de septiembre de 2013. Es decir, que su celebración de produjo mucho antes de que iniciara el periodo inhabilitante.

Lo tercero: *“Dados estos supuestos, basta con revisar el texto de los oficios de 16 de agosto y 22 de octubre de 2013 que ANA MARÍA RINCÓN HERRERA le remitió, respectivamente al Tesorero del municipio de Neiva y al Gerente de Aguas del Huila (ambos reposan en el Expediente) para constatar que en ambos escritos se utiliza un mismo modelo de información que como tal pone en conocimiento de sus destinatarios los productos del Banco Finandina, así como lo relativo a la experiencia de tal entidad bancaria en el manejo de sus*

asuntos. Ello se deduce claramente del encabezamiento del texto citado” en las ofertas.

Se trata de un modelo informativo que en forma generalizada se hacía con el propósito de difundir entre los distintos estamentos de la ciudad de Neiva, la entrada en funcionamiento de la oficina del Banco y de sus productos, sin que en dicho documento se formulara propuesta alguna en forma específica tendiente a la celebración de determinados negocios.

Los productos financieros fueron ofrecidos en condiciones de igualdad a quienes los solicitaran y la celebración de contratos de servicios financieros que se han ofertado en condiciones de igualdad se deriva de una evaluación interna que deviene de la voluntad del cuentahabiente sin que se observen posibles ventajas con respecto a otras entidades bancarias o a otros clientes.

Por consiguiente, mal puede calificarse el envío de los escritos promocionales como constitutivos de gestión en los términos contenidos en la inhabilidad del numeral 3º del artículo 179 Constitucional.

Ahora bien, en relación con la apertura de cuentas de ahorro aseveró que la solicitud de vinculación por productos de ahorro e inversión se formularon ante la oficina que gerenciaba la demandada, pero la efectiva vinculación se hizo directamente con la autorización de la Oficina Central del Banco y concluyó con el Registro Único de Firmas para establecer quién podía utilizar la cuenta abierta con anterioridad. Lo cierto es que la demandada no intervino en el establecimiento de tales relaciones jurídicas y menos obtuvo beneficio económico alguno ni de otra naturaleza consecuencia de ello.

Agregó *“...debe tenerse presente que no existe prueba alguna en el expediente en virtud de la cual se demuestre que, como consecuencia de las actividades bancarias adelantadas, mi poderdante hubiese obtenido alguna ventaja electoral en desmedro de las oportunidades y condiciones de sus competidores, incluidos sus propios compañeros de lista, entre otras cosas, porque cuando tales actividades se realizaron ella no aspiraba y menos era candidata al Congreso, lo era su hijo quien aún vivía”*, sin que el interés jurídico tutelado constitucionalmente se hubiera visto afectado (fls. 260 a 269 cdno. ppal.).

2.2. El coadyuvante **Christian Camilo Suárez Ortiz** sobre el fondo del asunto arguyó lo siguiente:

Respecto de la **gestión de negocios con entidades públicas** dentro del periodo inhabilitante de los seis meses (entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014) –art. 173-3 C. P.– indicó que el 19 de julio de 2013 la demandada suscribió contrato de trabajo y se posesionó como gerente de la Sucursal Neiva de Finandina S. A. - Banco Finandina, momento en el cual resulta lógico que por tratarse de una entidad bancaria nueva en la región, por instrucciones de la Gerencia General

del Banco, la oferta de los servicios bancarios se repartiera por diferentes medios a todo el público en general en condiciones uniformes y de igualdad, incluyendo a las entidades públicas.

Indicó que no se ofertaba el tipo de cuenta de recaudo de impuestos porque por ser entidad financiera nueva en la ciudad, esta no contaba con la autorización legal para este tipo de operaciones, para las cuales se precede de un convenio entre la entidad pública y el banco y se debe contar con un software especial para estos efectos.

Afirmó que la gerencia del Banco Finandina fue requerida mediante oficio TM0962 de 10 de octubre de 2013 suscrito por el señor Fernando Rivera, de la Tesorería de Neiva, para que la gerente del Banco ANA MARÍA RINCÓN HERRERA procediera a aperturar *“una cuenta de ahorros recaudadora para el manejo de los recursos por concepto de impuestos corrientes de libre destinación del municipio (ICLD), cuenta que se destinara exclusivamente para el manejo de estos recursos”*. Solicitud que la entonces Gerente respondió en forma negativa porque se requería de un convenio previo con la entidad pública emanada de la Tesorería de Neiva.

Indicó que no es cierto, como lo afirmó la demanda, que exista la cuenta No. 9410001261 en el Banco Finandina del municipio de Neiva para el recaudo de impuestos, pues nunca se apertura por las razones expuestas. Se quedó entonces, en una simple solicitud del tesorero municipal.

Así las cosas no existió una actividad de gestión de negocios de la hoy Representante a la Cámara con el municipio de Neiva, y menos se llevó a cabo negocio. Además, como se trata del ofrecimiento general del servicio financiero que se reputa servicio público no alcanza a desequilibrar la igualdad en las elecciones y menos sirve para dar ventajas electorales.

La única cuenta que ha tenido el municipio de Neiva en el Banco Finandina es la número 9410001261 corresponde a la apertura que hiciera la agente comercial del Banco Jenny Patricia Durán, así que la demandada no intervino de manera directa ni con interés personal y menos con el propósito de desequilibrar las intenciones electorales de los ciudadanos, ya que su única actuación fue confirmar el respectivo soporte del trámite, función que corresponde al giro de las actividades de la gerencia.

Así que la rúbrica de la demandada es de simple soporte legal interno del banco y en ejercicio de representación de la entidad bancaria, pero no hace parte del direccionamiento ni de gestión de una actividad comercial directa de la demandada. En consecuencia, no se presenta el presupuesto de la causal de inhabilidad, porque se requiere que efectivamente las actuaciones o gestiones realizadas por el *“candidato”* generen una situación de desigualdad en la contienda electoral, en la que además tiene que probarse con el resultado numérico el aumento injustificado en el número de votos obtenido por el candidato producto de dichas gestiones.

En relación con la **celebración de contratos** expuso que el aspecto temporal para efectos de la causal de inhabilidad no se cumple porque la celebración del contrato u orden de servicios FM-0417-01 POPULAR fue mucho antes de comenzar el periodo de la prohibición, dado que aquel empezó el 29 de abril de 2013 mientras que el plazo de la inhabilidad es de 9 de septiembre de 2013, fecha esta última en la cual ya estaba terminado y liquidado el negocio contractual.

La inhabilidad es clara en disponer que la conducta consiste en celebrar o suscribir contrato con entidades públicas, durante el período inhabilitante, pero nada tiene que ver con la extensión en el tiempo de su ejecución del contrato.

Por todo lo anterior, solicitó mantener la elección de la Representante a la Cámara.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. La parte demandante adujo en relación con la **gestión de negocios**, que conforme al concepto idiomático de la palabra *“gestionar”* se trata de participar, realizar diligencias dirigidas a obtener cualquier clase de objetivo y el *“negocio”* no se circunscribe al aspecto económico sino que implica la obtención de cualquier interés o utilidad. Indicó entonces que esta conducta prohibitiva presenta los siguientes aspectos esenciales:

a) Tipos de intereses o beneficios: los negocios pueden tener fin lucrativo o no en las gestiones realizadas, como el caso de la Concejal que había sido agente de seguros y promovió la celebración de contratos de seguros con el municipio en el que resultó elegida; puede tratarse de intereses extrapatrimoniales, que deben ser evidentes y notorios, por ejemplo: provechos o ventajas que le representa intervenir en la diligencia y trámites o que le propicien imagen preponderante ante el elector.

b) Gestión determinante y directa: la gestión efectiva, útil, valiosa y trascendente debe ser efectuada directamente por el demandado.

c) Interés particular: debe ser excluyente y particular pues busca satisfacer el querer personal propio o de terceros.

d) Temporal y espacial: la intervención en gestión de negocios debió haber ocurrido dentro de los 6 meses anteriores a la elección y dentro de la circunscripción en la cual se efectuó la respectiva elección, conforme con los términos del artículo 179 de la Constitución Política, en la que la circunscripción municipal está contenida en la departamental.

e) No exige concreción del negocio gestionado: lo importante es el interés, la intención, la pretensión de conseguir algo ante una entidad pública, lo que define es la realización de gestiones, no su concreción.

Los elementos para tener en cuenta en la intervención de gestión de negocios son: a) que se realice ante entidades

públicas; b) en interés propio o de terceros; c) dentro de los seis meses anteriores a la elección y d) en la misma circunscripción electoral.

Esos elementos en el caso concreto se materializaron así:

a) En relación con la gestión ante entidades públicas, el Banco Finandina S. A. es un establecimiento bancario de naturaleza privada, que decidió mediante documento privado 39217 del Libro IV de 18 de junio de 2013, aperturar por primera vez, una agencia en la ciudad de Neiva, correspondiéndole la matrícula mercantil número 245671. El 19 de junio de 2013 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la señora **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA**, para que fungiera en calidad de Gerente, quien ante la comprensible necesidad de reclutar los primeros clientes de la referida agencia, gestionó negocios en forma directa, efectiva, útil, en procura del interés particular tanto del banco como del suyo propio, ante diferentes personas jurídicas, entre ellas, entidades públicas dentro de la jurisdicción del departamento del Huila, tales como: Aguas del Huila (oferta de 22 de octubre de 2013).

Transcribe toda la oferta para concluir que tanto en el contexto en el que se redactó, como de su contenido, denotan la voluntad libre, consciente y manifiesta de la demandada **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA** de gestionar negocios ante Aguas del Huila, generando un acercamiento con el exclusivo ánimo lucrativo de abrir y vender productos bancarios a dicha entidad pública desde la oficina de Neiva del Banco Finandina.

Indicó que frente al argumento de defensa de la demandada atinente que se trató de un modelo informativo generalizado, ni riñe, ni desvirtúa la gestión de negocios endilgada, por el contrario robustece la efectiva gestión de negocios, por cuanto *“precisamente es la información de los productos nuevos y sus beneficios, una de las maneras más efectivas de hacer gestión bancaria en dicho mercado. En efecto, la manera más ortodoxa utilizada por un banco para gestionar sus negocios, es enviando a sus potenciales clientes la información de sus productos y ventajas, comparados con los ofrecidos por la competencia”*. (fl. 616 cdno. ppal.)

La demandada desarrolló gestión en forma personal y directa con Aguas del Huila, sin que mediara delegación en otro funcionario porque la función recaía exclusivamente en la gerencia, sin que existiera un empleado encargado de enviar las ofertas y hacer los acercamientos ante las entidades públicas.

La potencialidad de la gestión fue efectiva, útil, trascendente y valiosa como se refleja en la decisión de Aguas del Huila de abrir la cuenta de ahorros 9210001314 de 25 de octubre de 2013, con 200 millones de recursos públicos y como lo había prometido la Gerente, le confirmó a la entidad pública que le otorgaba una tasa equivalente al 2.00%EA.

Similar situación ocurrió con el MUNICIPIO DE NEIVA, pues la demandada desplegó una específica gestión en pro de

realizar el negocio, en atención a que diligenció solicitud de vinculación de productos de ahorro e inversión el 15 de octubre de 2013. Solicitud con la cual se apertura la cuenta de ahorros 9410001261 con un depósito inicial de 500 millones de pesos con recursos públicos. En esta oportunidad, la demandada presenció y diligenció la entrevista presencial con el cliente y aprobó la documentación, que son requisitos previos para la apertura de la cuenta. Por comunicación de 21 de octubre de 2013, la entonces Gerente del Banco (Neiva) informa al Tesorero del municipio, la tasa especial de rendimientos para los depósitos con recursos públicos.

Frente a la LOTERÍA DEL HUILA, la demandada gestionó la solicitud de vinculación de productos de ahorro e inversión el 19 de septiembre de 2013 y con base en esta, apertura la cuenta de ahorros 9410001145, con un depósito inicial de cinco millones de pesos y depósitos posteriores uno por más de 21 millones y 9 millones, consignaciones que se hicieran el 22 de septiembre de 2014.

Aunque lo firmó uno de los asesores comerciales, lo cierto es que la demandada presenció, asistió y calificó la declaración de entrevista presencial y verificó la documentación pertinente, sin la cual no hubiera podido abrirse la cuenta de ahorros.

En relación con el MUNICIPIO DE BARAYA, la oferta de negocios dató del 24 de octubre de 2013 –hecho planteado en alegatos–.

b) Respecto de la gestión en interés propio y de terceros: propio que deviene de su querer particular como empleada del banco, como de terceros, es decir, el Banco Finandina. Este interés es de claro origen contractual y marcado contenido obligacional. Lo cual se corrobora con el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre la demandada y el Banco Finandina, que evidencian a partir de su clausulado, que una de las obligaciones de la contratista era la obtención de resultados concretos y medibles, so pena de terminarse unilateralmente por el Banco. Además, se acordaron el reconocimiento de incentivos a partir de la consecución de dichos objetivos. Existió un pacto recíproco en pro de la consecución de los intereses propios de la empleada y del banco como tercero, siendo deber de la primera –conforme a las cláusulas de su contrato– *“cumplir las metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador”* (véanse cláusulas 6ª y 8ª).

c) La gestión se realizó dentro de los seis meses anteriores a la elección (entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014), la demandada desplegó absolutamente todas las gestiones ante las entidades públicas mencionadas.

d) La gestión tuvo lugar en la misma circunscripción de la elección: por tratarse de Representante a la Cámara por la circunscripción departamental, hacen parte de ella, los municipios y capital que lo integran, en este caso, el municipio de Neiva está contenido en el departamento del Huila. Las personas públicas con las cuales la demandada contrató los servicios financieros ofrecidos por la entidad financiera son todas territoriales municipales.

Pasando a otro tema, expuso que el régimen de inhabilidades electorales es de aplicación objetiva que implica al fallador concentrarse en sus elementos básicos y estructurales, es decir, los elementos axiológicos únicamente, sin entrar a reflexiones personales del demandado o de imposible demostración, para garantizar la protección de la democracia y de la seguridad jurídica del Estado.

Trajo de apoyo dos antecedentes jurisprudenciales de la Sección Quinta en los que se destacó el estudio objetivo de las inhabilidades, a saber: sentencias 6 de mayo de 2013, exp. 2011-00637-01 Acumulado (Gobernador de Caldas 2012-2015) y el caso del Gobernador del Chocó quien la legislación sobreviniente eliminó algunas conductas del tipo penal de peculado y el demandado invocó principio de favorabilidad penal, que la Sección Quinta le dijo no era aplicable al derecho electoral, desechando así argumentos subjetivos de defensa.

Concluyó entonces que la no probada ventaja electoral y la ausencia de la calidad de candidata durante una parte del período inhabilitante de la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA son argumentos subjetivos planteados por la defensa, que no se compadecen con la posición de la Sección Quinta sobre el necesario análisis objetivo de los presupuestos de la referida inhabilidad, por lo cual devienen en irrelevantes en el análisis que corresponde hacer en la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios ante entidades públicas y que debe ser objetivo en atención a que se pone en entredicho la transparencia, igualdad y moralidad del respectivo proceso electoral.

Además, que conceptualmente la norma superior que consagra la inhabilidad (num. 3º art. 179) hace referencia en abstracto a la persona sin calificarla de candidata, en armonía con el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011 el periodo de inscripción o de modificación de las listas de los partidos es inferior a tres meses de la fecha de la elección.

Así pues, la condición de candidata ni activa ni desactiva los efectos de la inhabilidad, porque no es uno de los elementos esenciales de la misma. Lo son en cambio, la falta de gestión, la falta de interés propio o de un tercero, la conducta acontecida fuera del tiempo inhabilitante o no se realizó territorialmente en la circunscripción de la elección.

Aseveró que supeditar el alcance y contenido de la inhabilidad al momento en que ANA MARÍA RINCÓN HERRERA se convirtió en candidata sería reducir el término constitucional de 6 meses a 1 mes y 5 días anteriores a la elección porque fue el día de la muerte de Sergio Younes Rincón, lo cual implicaría manipulación arbitraria de la norma superior.

La demandada fue inscrita el 7 de febrero de 2014, es decir, un mes y dos días antes de efectuarse la elección (9 de marzo de 2014) y ella declaró bajo la gravedad del juramento no estar incurso en hecho constitutivo de inhabilidad, lo cual se

dio por sentado por el partido con el otorgamiento del aval modificatorio y la consecuente aceptación del mismo.

Por otra parte, la ventaja de la demandada frente a otros candidatos resulta inobjetable a partir de que cuatro entidades públicas que negociaron con el Banco, gracias a su gestión como Gerente, influencia que ninguno de los demás candidatos tenía posibilidad de desplegar. El propio Gerente General del Banco reconoció que la escogencia de personal depende de la destreza, habilidad y resultados que se acrediten por el empleado y añadió *“Cómo no hablar de una ventaja frente a los otros candidatos, cuando de las captaciones públicas la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA se beneficiaba en estabilidad, resultados, ingresos y otros ya señalados anteriormente. Esta situación le reportó ventaja frente a sus competidores, toda vez que mientras ellos se dedicaban a gastar recursos en sus campañas, la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA se remuneraba gracias a sus buenos contactos y permanentes relaciones con entidades públicas. Cómo no hablar de ventaja, cuando se rompe el criterio de la equidad, por cuanto las gestiones desplegadas por la demandada no estaban orientadas dentro del normal y cotidiano acceso de cualquier ciudadano a la Administración Pública en condiciones de igualdad, sino el beneficio particular del erario público de negocios financieros, donde ninguno de los otros candidatos tuvo esa posibilidad”* (fl. 637 cdno. ppal.).

2. La intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio: esta conducta permite al contratista hacerse notar ante el electorado, en atención a que las necesidades de la comunidad se satisfacen mediante contratos estatales.

Orden de prestación de servicios FM-0417-01-popular celebrado con Fomcultura

Suscrito por la demandada el 29 de abril de 2013 con el Fondo Mixto de Cultura del Huila - FOMCULTURA, por un valor de \$25.000.000,00, con recursos provenientes de la Alcaldía de Neiva en desarrollo de un contrato interadministrativo 0417 de 2013, denominado Festival Nacional y Popular, con un término de cinco (5) meses hasta el día 29 de septiembre de 2013, es decir, una vigencia dentro del período inhabilitante para las elecciones del 9 de marzo de 2014.

Aseveró que la demandada al indicarle a FOMCULTURA en carta remitida el 17 de julio de 2013, solicitó la terminación del contrato ya que a la fecha todas y cada una de las actividades y obligaciones pactadas ya habían sido ejecutadas a satisfacción, corrobora que simultáneamente gestionaba ante las entidades públicas como Gerente del Banco y ejecutaba el contrato con el Fondo Mixto de Cultura.

La Sección Quinta ha reconocido que la orden de prestación de servicios es un contrato estatal, el cual en el presente caso recaía sobre un interés particular propio de la demandada, pues fungía como Directora del Festival Municipio de los Reinados Popular y señorita Neiva del Bambuco.

Por lo anterior, solicitó declarar probada la inhabilidad de intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros contra la demandada y se decreta la nulidad de la elección.

En criterio, de la parte actora, los únicos elementos capaces de desactivar la materialización de la causal de inhabilidad es la ausencia de alguno de los factores constitutivos de la misma. La condición de candidato no activa o desactiva los efectos de la inhabilidad porque no es elemento esencial de la misma. Además, que conforme con el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, el periodo de modificación o de inscripción de candidaturas es inferior a tres meses a la fecha de la elección y la condición de candidato solo se adquiere con la inscripción. Invocó como apoyo el antecedente que anuló la elección del Gerente de FABEGÁN, contenido en la sentencia de 13 de septiembre de 2007 (Exp. 2006-00045-00), quien al momento de predicar la inhabilidad ni siquiera era candidato, pues aún no vencían los plazos para la inscripción y faltaban cinco meses para la elección.

Destacó que el formulario E-7 CT diligenciado por la demandada el 7 de febrero de 2014 (fls. 288 y 289) porque contiene la declaración bajo la gravedad de juramento de que no estaba incurso en causal de inhabilidad para ser candidata y es indicativo de que la persona va a quedar sometida a todos y cada uno de los presupuestos normativos como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, circunstancia que también estaba obligado a verificar el respectivo partido que la avaló.

Finalmente, aseveró, que si de ventaja electoral pudiera hablarse, lo cierto es que del acervo probatorio es claro que es una hábil gestora ante las entidades públicas, e incluso le antecede, porque conforme al testimonio del Gerente de Finandina ese fue uno de los parámetros para escogerla para ese cargo. Es más, mientras los demás candidatos gastaban recursos en sus campañas, la demandada se remuneraba gracias a sus buenos contactos y permanentes relaciones con entidades públicas y agregó “...cómo no hablar de ventaja, cuando se rompe el criterio de la equidad, por cuanto las gestiones desplegadas por la demandada no estaban orientadas dentro del normal y cotidiano acceso de cualquier ciudadano a la Administración Pública en condiciones de igualdad, sino al beneficio particular del erario público de negocios financieros, donde ninguno de los otros candidatos tuvo esa posibilidad” (fl. 637 cdno. ppal.).

Todas esas razones para que se declare probada la inhabilidad en gestión de negocios ante entidades públicas que pesa sobre la congresista demandada, por ende, se decreta la nulidad de su elección.

Finalmente, en cuanto a la CAUSAL GENÉRICA DE NULIDAD INVOCADA CONSISTENTE EN LA INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE EL ACTO DE ELECCIÓN (art. 137 CPACA), reiteró los argumentos de la demanda. (fls. 605 a 641 cdno. ppal.).

3.2. La parte demandada

En desarrollo del principio de soberanía popular previsto en el artículo 3° de la Carta Política, el derecho de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político del artículo 40 es una de sus mayores manifestaciones.

La verificación de condiciones y calidades de los aspirantes o candidatos, conlleva la posibilidad de controvertirlas desde el momento de la inscripción o impugnarlas durante o después del procedimiento electoral y judicializarlas ante el juez de la nulidad electoral. Solo que en este último evento el acto administrativo viene revestido de presunción de legalidad.

Así, las cosas, ha de tenerse en cuenta que para efectos de la inhabilidad atribuida a la doctora **RINCÓN HERRERA**, no toda gestión adelantada puede conllevar inhabilidad, sino aquella que quiebre la igualdad entre los aspirantes.

Conforme al acervo probatorio, entre julio de 2013 y febrero de 2014, la doctora **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA** se desempeñó como Gerente del Banco Finandina en la ciudad de Neiva, cargo al que llegó exclusivamente por su hoja de vida, trayectoria y reconocimiento profesional, sin que hubiera tenido vinculación política de ninguna naturaleza y menos ejercido como precandidata o candidata a corporación pública alguna. Quien en realidad fungía como candidato, era su hijo quien falleció en enero de 2014.

Además, durante su actividad como Gerente bancaria, la demandada en realidad no gestionó específicamente negocios con entidades públicas en la ciudad de Neiva, por cuanto las comunicaciones enviadas ofreciendo servicios financieros las suministró en forma generalizada y con carácter informativo a toda la comunidad tanto privada como pública, como claramente lo corroboró el Gerente general de la entidad financiera en su testimonio.

Tampoco obtuvo beneficio que le permitiera aprovecharse de ello con fines electorales y en detrimento de sus competidores, porque en ese momento de celebración de los contratos no era candidata, condición que solo obtuvo, a raíz del fallecimiento de su hijo en enero de 2014, se candidatizó en febrero de 2014 y las elecciones fueron en marzo de 2014.

Menos recibió beneficio económico por la apertura de las cuentas referidas, ni tampoco recibieron tratamiento preferencial porque esto último dependía exclusivamente de la autorización de la oficina central en Bogotá, como también lo explicó el testigo, quien indicó que la apertura obliga a la suscripción de un formulario de vinculación, a la cual cualquier persona que acredite capacidad legal y adjunte la documentación que se exige puede tener acceso al producto financiero. Mientras que las condiciones especiales permanentes o temporales que no requieren la suscripción del cuentahabiente, son autorizadas por diferentes instancias comunicadas por gerente o por el asesor si es del caso.

Sobre la celebración del contrato con Fomcultura, esta antecede al periodo inhabilitante que transcurrió entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014 y ese contrato se celebró el 29 de abril de 2013 y para ello no se debe tener en cuenta su ejecución (fls. 596 a 604 cdno. ppal.).

3.3. Los coadyuvantes

3.3.1. La señora **Mildred Samary Quesada Toledo** coadyuvante de la parte demandada indicó que el juez solo puede resolver cuestiones planteadas en el libelo.

En segundo lugar, indicó que la única prueba para acreditar la gestión de negocios fue la copia de “oficio” mediante el cual la demandada dio a conocer a la Empresa Aguas del Huila la llegada del Banco Finandina a la ciudad de Neiva y los productos financieros ofrecidos por la entidad bancaria. La misma comunicación le fue remitida al municipio de Neiva.

Si bien en el proceso quedó establecido que el citado municipio y la empresa Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en el Banco Finandina en el mes de octubre de 2013, circunstancia que el actor omitió manifestar y que implica un punto de definición para el juez de la nulidad electoral, en atención a que la posición del Consejo de Estado es que la intervención en la gestión culmina con la celebración del contrato y en dado caso, la inhabilidad se estudiará como intervención en la celebración de contratos “*siempre y cuando haya sido alegada en la demanda*”.

Por otra parte, aunque se hubiera planteado la causal como intervención en la celebración de contratos, tampoco estaba llamada a prosperar por cuanto, como lo afirmó en su testimonio el Representante Legal del Banco Finandina, los clientes no firman contrato sino que se adhieren a las condiciones generales de un reglamento, previamente aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Concluyó que con respecto al municipio de Neiva, la Empresa Aguas del Huila y Lotería del Huila, el cargo de nulidad electoral debió estructurarse en la intervención en la celebración de contratos, que ya no puede proponerse en la etapa de alegatos de conclusión, porque vulneraría el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad. En relación con el aspecto de fondo insistió en que los causahabientes no firman contratos con los bancos sino que se adhieren a un reglamento aprobado por la Superintendencia Financiera.

Indicó que frente a otros casos como el del municipio de Baraya, la oferta de servicios financieros de Finandina se envió en agosto de 2013, es decir, fuera del periodo inhabilitante. En relación con la Cooperativa CONFÍE y el colegio GUIPAS y CHAVOS son empresas de carácter privado que no cumplen con uno de los presupuestos que trae la norma al consagrar la inhabilidad como es que la gestión o el contrato sea con entidad pública.

Respecto del documento de oferta de servicios enviada a la empresa Aguas del Huila, no encuadra dentro de la actividad de gestión de negocios, pues lejos de contener algún tipo de propuesta, es un comunicado mediante el cual el Banco, de manera masiva, intenta informar al público en general que había llegado a Neiva. Así las cosas, la parte actora no logró demostrar los presupuestos de la causal de inhabilidad.

Eso en cuanto a los servicios financieros del Banco Finandina.

En relación con el contrato celebrado con el Fondo Mixto de Cultura del Huila (FOMCULTURA), la orden de trabajo fue suscrita el 29 de abril de 2013, es decir, fuera del periodo inhabilitante, pues si bien es cierto que la demandada celebró contrato de prestación de servicios desde esa fecha para ejecutarse en un término de 6 meses, es decir, hasta el 29 de septiembre de 2013, también lo es que los actos de ejecución son diferentes. En consecuencia, la orden fue suscrita antes de los 6 meses del período inhabilitante.

Además, está probado que la inscripción de ANA MARÍA RINCÓN HERRERA como candidata a la Cámara de Representantes por el departamento del Huila, fue a partir de la ocurrencia de un hecho luctuoso como fue el fallecimiento inesperado de su hijo SERGIO YOUNES RINCÓN, quien para la época, lideraba todas las encuestas como seguro ganador de una curul en el Congreso y agregó “...frente al evento doloroso, la señora Rincón Herrera, en un gesto por demás enaltecedor y como una forma de rendir homenaje a su hijo fallecido, decide postular su nombre en reemplazo del de aquel, con el objeto de darle continuidad a su trabajo político e impedir que junto con él también se extinguiera. Entonces, fue a partir de su inscripción como candidata a la Cámara y solamente a partir de esa fecha, cuando se escuchó el nombre de ANA MARÍA RINCÓN en el medio político del departamento del Huila, y si ello es así, puede asegurarse, sin lugar a equívocos, que no fue su candidatura lo que hizo que empresas o entidades del Estado buscaran los servicios del Banco que ella gerenciaba en Neiva, en tanto que ningún provecho de ello pudo obtener la señora Rincón para la fecha de las supuestas ‘gestiones’, porque para entonces, no ostentaba la condición de candidata a la Cámara de Representantes”.

Además, debe tenerse en cuenta que la información bancaria es de carácter reservado, así que nadie puede tener conocimiento de que la demandada era una hábil negociadora de intereses con la administración.

Indicó que cuando el servicio es ofrecido en condiciones de igualdad para todo el conglomerado se encuadra dentro de las excepciones previstas en la ley, que permite a los congresistas, bajo ciertas condiciones, cumplir determinadas actividades contractuales, sin que por ello contravengan las disposiciones constitucionales, consideraciones que pueden aplicarse al caso que se estudia (sentencia de 23 de febrero de 1994. AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez. Demandado: José Libardo Blackburn Cortés). Fls. 650 a 669 cdno. ppal.

3.3.2. El señor CRISTIAN CAMILO SUÁREZ ORTIZ coadyuvante de la parte demandada solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Indicó que la intervención por gestión de negocios requiere cumplir los siguientes presupuestos: i) conducta dinámica positiva, seria, real y concreta del candidato de gestionar un negocio ante una entidad pública determinada; ii) el propósito claro y concreto del candidato de obtener un determinado provecho, utilidad o interés en beneficio propio o de terceros que quebrante el principio de igualdad electoral frente a los otros candidatos y demás ciudadanos; iii) que quien actúe tenga la categoría de candidato al Congreso.

La primera, es decir, la conducta dinámica, seria y real, no se cumple en este caso, por cuanto la actuación de la demandada se limitó a publicitar en forma uniforme, masiva y en condiciones uniformes el portafolio de servicios a toda la comunidad mediante formato único nacional que emplea el Banco, como lo indicó en su testimonio el gerente general de la entidad financiera Orlando Forero Gómez.

La segunda, esto es, el interés personal, directo e inequívoco en la obtención del provecho ante el órgano oficial tampoco se advierte, porque no solo el municipio de Neiva y Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en Finandina, producto de la actividad publicitaria sino que muchas otras personas naturales y jurídicas también lo hicieron "*incluyendo a las que no les llegó el portafolio pero se enteraron por otros mecanismos*".

Por otra, resulta de interés que el Gerente General en su testimonio, aseverara que las cuentas de ahorro de las entidades públicas solo pueden ser gestionadas y autorizadas por las directivas nacionales de la entidad bancaria, alejando de la demandada la posibilidad de actuar en forma directa y con interés personal en el asunto y "*limitando su actuar a la mera convalidación interna del reglamento de cuenta de ahorros*".

La tercera, para la época de los hechos octubre de 2013, la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA no era candidata a ningún cargo de elección popular y nunca lo había sido. La norma consagradoria de la inhabilidad indica "*no podrá ser Congresista...*", lo que supone que es requisito inexorable ser candidato y fue redactada en el entendido que se dirigía necesariamente a los candidatos. Se afirma de esa manera porque precisamente la norma establece como límite temporal seis (6) meses que corresponde exactamente al término establecido por la autoridad electoral para las inscripciones de los candidatos.

La cuarta, sobre el quebrantamiento del principio de igualdad electoral o la obtención de ventaja electoral, no sucedió porque cuando el municipio de Neiva y Empresa de Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en Finandina, ella no era candidata ni nunca lo había sido. Así que por sustracción de materia la actividad de gerente de entidad financiera estaba totalmente alejada de sus actuaciones como gerente de la entidad financiera.

Recordó que incluso la solicitud que hiciera el tesorero del municipio de Neiva para abrir cuenta de recaudo de impuestos corrientes de libre destinación del municipio, no fue atendida por la demandada, precisamente con el argumento de carecer de facultad técnica y legal porque se requería de convenio. Por otra parte, que la apertura de las cuentas de ahorro del municipio de Neiva y de la Empresa Aguas del Huila no corresponden al resultado o respuesta de las solicitud hecha por el tesorero en su oficio TM0962, sino a otra gestión individual y aislada que realizaron los directivos de las entidades públicas ante el banco Finandina, como lo afirmó en su testimonio el Gerente General Orlando Forero Gómez.

Por todo lo anterior, afirmó que la demandada no participó gestionando la apertura de las cuentas referidas por el demandante por no estar autorizada para ello por las directivas del banco y si bien las cuentas existieron lo cierto es que no se puede equiparar a la gestión de negocios que contiene la norma prohibitiva de la inhabilidad.

Sobre el cargo de celebración de contratos indicó que los presupuestos de esta causal son: i) suscripción efectiva del contrato por parte del candidato en interés propio o de un tercero; ii) una de los contratantes sea entidad pública; iii) contrato suscrito durante el período inhabilitante (entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014).

Respecto de la suscripción efectiva en interés propio, es claro que existió, porque la demandada firmó orden de servicios el 29 de abril de 2013, en la que actuó como persona natural ante el Fondo Mixto de Cultura del Departamento del Huila.

Pero en relación con el segundo presupuesto, la entidad contratante no es pública sino entidad de carácter privado sin ánimo de lucro, cuya misión es apalancar procesos de desarrollo cultural. Así que está por fuera de la estructura organizacional del Estado y aunque coadyuva en el logro de los fines culturales.

Frente al tercer requisito, lo cierto es que la orden de servicios no fue suscrita en el período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, en atención a que fue suscrito por las partes contratantes el 29 de abril de 2013, es decir, 5 meses antes del inicio de dicho término. Recordó que la norma superior es clara en consagrar que la conducta es celebrar o suscribir contrato con entidad pública **dentro del período inhabilitante**, en nada alude a la ejecución. Es más, el último pago recibido por la demandada con cargo a esa orden de servicios se dio el 9 de agosto de 2013 (fls. 670 a 678 cdno. ppal.).

3.4. El Consejo Nacional Electoral (tercero con interés directo en las resultas del proceso)

El Constituyente Primario determinó una nueva estructura de la Organización Electoral, elevando a rango constitucional y como máximo órgano del sistema al CNE, el cual dotó de autonomía e independencia y de funciones necesarias para

garantizar el normal desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías para preservar la eficacia, validez y transparencia del voto.

Constitucionalmente, a dicho organismo se le asignó la guarda de los cometidos y propósitos estatales, de la eficacia de los derechos que pretenden y del desarrollo de los principios democráticos. Las facultades de inspección y vigilancia se activan cuando se advierten irregularidades que implique violación grave del orden jurídico vulneradora del desarrollo de los procesos electorales.

Con el Acto Legislativo 01 de 2009 se precisaron nuevas facultades para el CNE, toda vez que se añadió el control de toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos de los grupos significativos de ciudadanos, incluyendo representantes legales, directivos y candidatos.

Pues bien, indicó que las actuaciones derivadas del poder de policía no deben ser arbitrarias sino que están sujetas al juicio de proporcionalidad que se realice sobre cada hecho en concreto para determinar si la reducción del derecho es acorde a la importancia del principio afectado.

Luego de desarrollar en forma juiciosa un estudio sobre las funciones y competencias del Consejo Nacional Electoral, en lo que incluyó el derecho comparado concluyó que para el caso concreto, el acervo probatorio se advierten que la Congresista realizó actividades como Gerente del Banco Finandina, la inhabilidad que se le atribuye no se configura, pues no se probó que las hubiera desplegado para favorecer el patrimonio propio ni de manera significativa y/o trascendente el interés del Banco que sería un tercero, más allá de lo que implica ofertar o prestar un servicio financiero, como tampoco se advierte la existencia de beneficio extrapatrimonial de aspecto material que le hubiere implicado ganar posicionamiento político que le aventajara en las justas electorales frente a los demás candidatos y, menos que le generaran efecto útil y potencialmente efectivo que le posibilitaran a la demandada favorecerse de una imagen preponderante ante el elector (fls. 546 a 560 cdno. ppal.).

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, con sustento en las siguientes razones:

En el caso en estudio, la presunta gestión de negocios que se endilga a la electa Representante a la Cámara por el departamento del Huila, consiste en que en su calidad de Gerente del Banco Finandina (oficina Neiva), ofertó negocios al municipio de Neiva, a la empresa Aguas del Huila S. A. ESP, en la que se ponen a disposición los productos de inversión del banco y que luego devino en la suscripción de sendos contratos de adhesión de cuentas de ahorro.

Aclaró que en esta conducta inhabilitante no se requiere la celebración efectiva del negocio sino la realización de

diligencias conducentes al logro del mismo. Se apoyó en antecedente reciente de la Sala.

Conforme al planteamiento de la demanda, indicó que se probó que la demandada en calidad de Gerente de la Oficina de Neiva - Huila del Banco Finandina, mediante comunicación de 22 de octubre de 2013 (fls. 452 a 453) dirigido al Gerente de Aguas del Huila, ofrece los servicios y beneficios del Banco. Igual información remitió al Tesorero del municipio de Neiva (fls. 33 y 34).

La actividad desplegada por la demandada es de aquella considerada gestión de negocios por el despliegue de diligencias conducentes al logro de un negocio que le aportaba beneficios, pues el negocio jurídico que se pretendía concretar era la apertura de servicios financieros y de inversión por parte de las entidades públicas contactadas por la demandada con el Banco que ella gerenciaba localmente.

Arguyó que por el hecho de remitir información sobre los productos que ofrece el banco donde labora, puede o pudo obtener ventajas frente a los demás candidatos *“inclinando inclusive la balanza electoral a su favor por el hecho de participar en actuaciones ante autoridades públicas, ya sea en nombre propio o de la persona jurídica que representa, pues el candidato que se encuentre en circunstancias de acercamiento ante organismos estatales, por cuenta de diligencias que adelante ante ellas, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura, al mostrarse como un hábil negociador ante entidades públicas”* (fl. 646 cdno. ppal.).

Es claro que la fase precontractual es la que encuadra en la llamada gestión de negocios y la efectuó ante entidades públicas.

El interés propio o a favor de terceros, se materializa en la cláusula segunda del contrato de trabajo de Gerente en el que dentro de sus obligaciones negociales estaba el cumplimiento de metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador, las cuales cumplía ejerciendo gestiones tendientes a la suscripción de cuentas de ahorro. Además, existió también el interés de un tercero que es el Banco Finandina.

El plazo para la configuración de la causal de inhabilidad está dado porque la gestión de negocios que se atribuye a la demandada data de 22 de octubre de 2013, esto es, dentro de los seis (6) meses, que cursaban entre el día de la elección 9 de marzo de 2014 y hacia atrás seis meses, es decir 9 de septiembre de 2013.

En cuanto a la territorialidad, la gestión de negocios fue realizada con entidades del municipio de Neiva (locales) y la Representante resultó electa por el departamento del Huila (Seccional). Es claro entonces que los municipios integran o hace parte del departamento y, por ende, es viable afirmar que se dio dentro del ámbito de la misma circunscripción electoral (fls. 642 a 649 cdno. ppal.).

V. TRÁMITE DEL PROCESO

El 20 de octubre de 2014, se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA en la cual se adelantó el saneamiento del trámite adelantado; se reconocieron personerías; se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia fue suspendida para resolver el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra la decisión que negó el decreto y práctica de algunas pruebas documentales, concretamente, las que versaban sobre el fallecimiento del señor Sergio Younes Rincón.

Por medio de auto de 27 de noviembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, se revocó la decisión anterior. Actuó como conjuer, previo los procedimientos de ley, la doctora Esperanza Gómez de Miranda (fls. 416 a 424 cdno. ppal.).

La audiencia inicial continuó el 23 de enero de 2015, se decretaron las pruebas que la parte demandada adujo frente al deceso del señor Younes Rincón y se fijó fecha para la práctica de la prueba testimonial (fls. 494 a 498 cdno. ppal.).

De conformidad con el artículo 289 del C. P. C. se ordenó el traslado de las pruebas por la Secretaría sin necesidad de auto. Asimismo, se prescindió de la segunda etapa del proceso contencioso electoral de acuerdo a lo consagrado por los artículos 179 y 283 del CPACA.

Con auto de 9 de febrero de 2015, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos, y luego entregar el expediente al agente del Ministerio Público, si este así lo solicitare, para que en el término de 10 días rindiera concepto de fondo (fl. 524 cdno. ppal.).

Realizado todo lo anterior ingresó el proceso al Despacho para emitir sentencia.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 –modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003–, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso, por cuanto se trata de una acción de nulidad contra el acto declaratorio de elección de Representante a la Cámara (período 2014-2018).

2.2. Pruebas del acto acusado

Formulario E-26 CAM de 19 de marzo de 2014 contentivo del “Resultado del escrutinio Elección de Cámara Elecciones 9 de

marzo de 2014” por el departamento del Huila expedido por la Comisión Escrutadora Departamental².

Reposa también el Acta General de Escrutinio Departamental del 11 al 19 de marzo de 2014³, en la que se accedió a algunas solicitudes de modificación en la votación de unas mesas específicas.

2.3. Estudio de fondo del asunto

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto de elección de la Representante a la Cámara ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, por el departamento del Huila, período 2014-2018.

2.3.1. El cargo: en concreto, el demandante sostiene que el acto acusado, se encuentra viciado de nulidad por haber violado el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política y, por ende, violatorio del artículo 275 numeral 5º del CPACA.

La norma constitucional prevé:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...).

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, (...), dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección”.

Y el artículo 275 numeral 5º del CPACA, en su literalidad dispone:

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales y legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad”.

La parte actora, en la demanda⁴, sustentó la causal de inhabilidad en los dos eventos fácticos que prevé la norma y, frente a cada una clara y específicamente imputó conductas concretas: la primera, la intervención en gestión de negocios ante entidades públicas que la conexas con el ejercicio de la doctora ANA MARÍA HERRERA RINCÓN como gerente del Banco Finandina y su despliegue de actividades de oferta y negociación de los servicios financieros ante las entidades públicas y, la segunda,

² A folios 15 a 30 cuaderno principal.

³ A folios 11 a 15 cuaderno principal.

⁴ Reforma de la demanda, al explicar el concepto de violación y los fundamentos de la causal en la que fundamenta la demanda fls. 92 a 100 cdno. ppal.

la intervención en la celebración de contrato que la relaciona directamente con el contrato de prestación de servicios que la Congresista celebrara con el Fondo Mixto de Cultura del Huila (FOMCULTURA).

En la audiencia inicial, el Despacho al fijar el litigio definió, sin que las partes recurrieran o manifestaran su desacuerdo, razón por la cual la Sección Quinta decidirá conforme a los siguientes límites y al siguiente problema jurídico:

Determinar si el acto de elección de la señora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, como Representante a la Cámara por el departamento del Huila, para el período 2014-2018 contenido en el Acta de Escrutinio Departamental de los Delegados del CNE y de cuyo contenido forma parte el E-26 CAM, es nula por elegir a una candidata incurso en la causal de inhabilidad, prevista en el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política, relacionada con: i) la **gestión de negocios** como Gerente Regional de la Oficina de Neiva del Banco Finandina y, ii) por **celebrar contrato** contenido en una orden de servicios con FOMCULTURA para desempeñarse como Directora del Festival del Municipio de los Reinados Popular y Señorita Neiva del Bambuco.

Bajo las causales de nulidad electoral previstas en el artículo 275 numeral 5 del CPACA, en armonía con el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política, junto con la causal genérica del artículo 137 del CPACA, por violación a las normas en que deberían fundarse.

2.3.2. Generalidades de la intervención en gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas

La teleología de esta inhabilidad es preventiva y proteccionista de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, bajo el propósito de **prevenir** vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, **evitar**, vicios de mayor trascendencia, como es que el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos.

Desde las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se tenía claro el propósito de consagrar esta inhabilidad, como se lee en el siguiente aparte:

*“En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de **evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia***

***necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...).”**⁵*

La intervención en esta causal de inhabilidad se materializa en dos conductas plenamente diferenciables, la primera de ellas, la gestión de negocios, que como su nombre lo indica es simplemente entrarse en las tratativas precontractuales, sin que se requiera en efecto la culminación o logro de la celebración del contrato o negocio jurídico de que se trate y, la segunda, la celebración del contrato, implica la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo.

Sobre la causal descrita, ha señalado la jurisprudencia:

*“(…) se advierten dos conductas inhabilitantes para la elección de Congresista, por una parte, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, y por otra, la intervención en la celebración de contratos estatales. Sobre estas dos formas de intervención la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que **en materia de inhabilidades electorales cada una de estas formas de intervención es autónoma y “abiertamente distinta”.** Así, **la gestión debe ser referente a negocios y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, por ello tiene mayor amplitud; mientras que la celebración de contratos solo atiende a la participación del candidato en la celebración del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal. Ambos eventos o causales deben tener ocurrencia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.***

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal solo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza solo como gestión de negocios propiamente dicha⁶.

Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en

⁵ Sesión Comisión 3 de abril 29 (3429). Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18.

⁶ Sentencia del 13 de marzo de 1996, expediente AC-3311. Sentencia del 15 de julio de 2004, expediente 3379. Sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 3451. Sentencia del 9 de septiembre de 2005, expediente 3671. Sentencia del 30 de septiembre de 2005, expediente 3656. Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3174, 3175 y 3180. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3177, 3176, 3178, 3183, 3184 y 3238.

gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros^{7, 8}.

De otra parte, como lo ha precisado la Corporación⁹, el alcance de la inhabilidad debe ser interpretado en forma estricta y restringida a los supuestos expresamente tipificados, dada la naturaleza de limitación al ejercicio de un derecho político, como lo es el de ser elegido.

El acervo probatorio contiene los siguientes hechos acreditados con respecto a la conducta inhabilitante atribuida a la demandada, que se pueden agrupar conforme a algunos ejes temáticos que facilitan el estudio:

2.3.3. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en celebración de contratos con entidades públicas

Se recuerda que la censura está directamente relacionada con el contrato que la Congresista celebrara con el Fondo Mixto de Cultura y Turismo del Huila (FOMCULTURA).

El certificado de existencia de entidades sin ánimo de lucro de la Cámara de Comercio de Neiva da cuenta de que el mencionado Fondo es una entidad sin ánimo de lucro (fls. 137 a 146 cdno. ppal).

El contrato de prestación de servicios celebrado por la Congresista con Fomcultura suscrito el 29 de abril de 2013, con una duración de cinco (5) meses, con el objeto de prestar el servicio de Directora para el 53º Festival Folclórico, Reinado Popular, Infantil y Señorita Neiva (fls. 1 a 3 cdno. 2).

Reposa certificación expedida el 10 de octubre de 2013 por el representante legal de dicho Fondo, en el que informó que la señora **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA**, celebró y ejecutó la orden de servicios No. FM-417-01 de 29 de abril de 2013,

cuyo objeto era desempeñarse como Directora del 53º Festival Folclórico Reinado Popular, Infantil y Señorita Neiva, el cual incluía la ejecución de eventos de las diferentes expresiones culturales y artísticas que se desarrollaran en el marco del festival. Orden que tuvo como fecha de inicio el 29 de abril de 2013 y de terminación el 29 de septiembre de 2013 (fl. 41 cdno. 1).

Así también, ante requerimiento del Despacho ponente, indicó el Gerente del Fondo, que con fecha 9 de septiembre de 2013 no existe documento o recibo de pago a la demandada **ANA MARÍA RINCÓN**, por cuanto el último pago de la orden de servicios antes referida, se efectuó el 9 de agosto de 2013 y el informe final fue remitido mediante oficio 2014-791 y adjuntó: i) comprobante de egreso 24723 en el que se lee que el 8 de agosto de 2013 el Fondo pagó totalmente los servicios a la Directora del Festival Popular y la demandada acusó el recibo con su firma e ii) copia de la comunicación que la doctora **RINCÓN HERRERA** enviaba al Fondo, con fecha 17 de junio de 2013, mediante la cual dio por terminado el contrato de prestación de servicios, en razón a que a la fecha todas las actividades y obligaciones pactadas habían sido ejecutadas a satisfacción (fls. 541 a 543 cdno. 1).

En relación con esta censura, y lo que resultó probado, la Sala encuentra en forma temprana que no está llamada a prosperar, toda vez que el contrato de prestación de servicios fue suscrito por la Congresista el 29 de abril de 2013, es decir, antes de que empezara el período inhabilitante que abarcó desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014 –6 meses anteriores al día de las elecciones–. Así que el contrato lo suscribió casi 5 meses antes del período fijado en la Constitución. E incluso el contrato se terminó anticipadamente por cumplimiento del objeto contractual en agosto de 2013.

Por lo anterior, al carecer del presupuesto temporal para constituirse en conducta inhabilitante, el argumento carece de prosperidad y no puede generar la nulidad del acto de declaratorio de elección.

2.3.4. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios con entidades públicas

La gestión de negocios, dentro de la teoría de los negocios jurídicos, se caracteriza por ser un acto libre de obligaciones y derechos para el gestor y el gestionado, ya que no existe contrato alguno que legalizar ni legalizado, esto significa que se queda en el plano de las tratativas precontractuales y prenegociales y, por ende no se requiere la celebración efectiva del negocio, por cuanto lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante al Congreso en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen la misma oportunidad de tener tratativas o relaciones con entidades públicas.

7 Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: De la Sección Primera: del 5 de septiembre de 2002, expediente PI-7452; del 4 de febrero de 2005, expediente PI-00317; y del 26 de mayo de 2005, expediente PI-00908. De la Sección Quinta: del 12 de mayo de 1995, expedientes acumulados 1146, 1148 y 1149; del 21 de abril de 1995, expediente 1284; del 27 de julio de 1995, expediente 1333; del 12 de septiembre de 1995, expediente 1384; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438; del 3 de noviembre de 1995, expediente 1428; del 18 de abril de 1996, expediente 1542; del 7 de octubre de 1996, expediente 1595; del 24 de agosto de 2001, expediente 2610; del 21 de septiembre de 2001, expediente 2602; del 5 de octubre de 2001, expediente 2651; del 9 de noviembre de 2001, expediente 2700; del 1º de febrero de 2002, expediente 2744; del 6 de marzo de 2003, expediente 3064; del 15 de julio de 2004, expediente 3379; del 10 de marzo de 2005, expediente 3451; del 11 de noviembre de 2005, expediente 3518; y del 18 de agosto de 2006, expediente 3934. De la Sala Plena: del 2 de agosto de 2005, expediente S-245.

8 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 Radicación No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI).

9 Cfr. entre otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 10 de diciembre de 2002, Exp. 2002 1027 (PI-055), C. P. Germán Ayala Mantilla; de 13 de julio de 2004, Exp. PI-2004-0454, C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

La norma constitucional del 179 numeral 3º, en el aparte que ocupa el supuesto fáctico de esta demanda electoral, contiene un aspecto temporal limitado a los seis meses inmediatamente anteriores a la elección; un aspecto material relacionado con la conducta denominada **intervención en la gestión de negocios** y, el sujeto pasivo: **ante autoridades públicas** y finalmente, un aspecto modal o de propósito: **en interés propio o en el de terceros**.

La configuración de la intervención en la gestión de negocios, requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o extrapatrimoniales.

Visto las generalidades de la conducta inhabilitante, probatoriamente en el caso concreto, se acreditó lo siguiente:

Sobre el período inhabilitante: contados desde la elección hacia atrás seis meses, se cuenta desde el 9 de marzo de 2014 día en el que se llevaron a cabo los comicios, es decir, entre el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014.

Sobre la conducta de intervención en gestión:

En este punto la Sala hace claridad en que como la imputación determinada por la demanda y en la fijación del litigio conforme a dicho libelo fue la intervención en gestión de negocios, el estudio se limitará a aquellas tratativas y actividades precontractuales que se dieron exclusivamente en el marco del período inhabilitante, sin que interese, como quedó antes explicado la fecha de la celebración del contrato, por cuanto esto corresponde a la segunda parte de la causal que en el caso concreto fue imputado desde otro hecho y ya fue despachado desfavorablemente.

Se afirma de esa forma porque varios de los hechos probados incluyeron ofertas anteriores al período inhabilitante y actividades posteriores al mismo, tal como aconteció, entre otros, con el servicio financiero ofrecido al municipio de Neiva, a través de su Tesorero y de su Secretario de Hacienda, en el cual las respectivas ofertas se dieron los días 16 y 15 de agosto de 2013, respectivamente (copia autenticada fls. 33 a 34, 473 a 474 y 459 a 466 cdno. 1); al departamento del Huila, a través de su Secretario de Hacienda, por cuanto la oferta la hizo la demandada el 15 de agosto de 2013 (fls. 471 a 472 cdno. Ppal.); a la Gerencia de “Guipas y Chavos”, oferta que realizó la entonces Gerente el 21 de agosto de 2013 (fls. 475 a 476 cdno. Ppal.).

Tampoco la negociación acreditada con la Empresa de Lotería y Juego de Apuestas Permanentes es de recibo, por cuanto solo se probó el contrato de cuenta de ahorros que se suscribió el día 19 de septiembre de 2013 (fls. 580 a 582 cdno. 1), sin que esté claro que la doctora Rincón Herrera haya desplegado negociaciones precontractuales dentro del período inhabilitante.

Retomando, el estudio probatorio, la Sala observa que la vinculación de la doctora **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA**, al Banco Finandina –causa originaria de su posibilidad de tratativas con entidades públicas– se acreditó mediante certificación que el propio Banco Finandina expidiera el 4 de noviembre de 2014, en el que informó que la demandada laboró desde el día 22 de julio de 2013 hasta el 4 de febrero de 2014, con contrato a término indefinido y su último cargo fue el de Gerente de Oficina (fl. 489 cdno. 1). Y anexó el contrato de trabajo a término indefinido que celebraran ambas partes el 19 de julio de 2013, cuyo objeto era **la prestación del servicio de desarrollo y ejecución de las labores del cargo de Gerente de Oficina**.

Particularmente, la contratista se comprometió a lo siguiente: i) exclusividad en el servicio; ii) reserva en los asuntos de los cuales conozca y a su cargo; iii) “...a cumplir las metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador”; iv) a dar una excelente atención al cliente que conlleva no solo la venta de productos, sino el seguimiento del negocio y la colaboración con el cliente en todos sus requerimientos (cláusula segunda, párrafo). Fls. 490 a 493 cdno. 1.

Derivado de ese contrato de vinculación como Gerente de la Oficina de Neiva del Banco Finandina, la demandada desplegó las siguientes actividades que materializan la intervención en la gestión de negocios dentro del período inhabilitante:

Con la Sociedad “*Acueductos y Alcantarillado del Huila - Aguas del Huila S. A. ESP*”, que es entidad descentralizada indirecta del orden departamental, con domicilio en Neiva, sometida a las normas propias de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, conforme quedó protocolizado en la escritura de creación y constitución 568 de 28 de febrero de 1990 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva y conforme aparece registrado en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Neiva (copia autenticada fls. 47 a 69 y original fls. 70 a 75 cdno. 1), así:

El 22 de octubre de 2013, la Gerente del Banco **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA**, envió al Gerente de Aguas del Huila, oferta de servicios financieros informando sobre la apertura de la sucursal y los productos de inversión y los beneficios de contratar con dicha entidad financiera: excelente rentabilidad a bajo riesgo; sin costo alguno; atención y servicio personalizada; asesoría en inversión; acceso a línea fácil de internet; consignaciones a través de la red de oficinas. Se apoyó en la experiencia y conocimiento del mercado financiero durante 36 años y el socio internacional con el que cuentan. Dijo que en solidez poseen la máxima calificación de riesgo para inversiones a corto plazo, tales como, CDT y cuentas de ahorro y la segunda mejor calificación en las de largo plazo. Así mismo, le indicó la tasa efectiva anual vigente que el banco le pagaría por los CDT constituidos.

Con el municipio de Baraya, cuya oferta de servicios financieros data de 24 DE OCTUBRE DE 2013, aparece suscrita por la doctora **RINCÓN HERRERA**, con contenido similar a la de la oferta enviada a Aguas del Huila (fls. 469 a 470 cdno. ppal.).

Estas gestiones negociales son indicativas para la Sala de que la doctora Rincón Herrera sí intervino para gestionar negocios y lo hizo frente a estas entidades públicas del orden territorial.

A título de simple mención, se observa que el éxito de la tratativa frente a Aguas del Huila se reflejó en que el día **23 de octubre de 2013**, el Gerente de Aguas del Huila, solicitó la apertura de cuenta de ahorros al Banco Finandina (fl. 83 a 84 y 452 a 453 cdno. 1) y reposa certificación de la Directora de Operaciones Financieras del Banco informando que la cuenta de ahorros fue abierta (fl. 457 cdno. ppal.)

Cumpléndose así los aspectos temporal y material de la causal de inhabilidad que se estudia.

En este punto del análisis, hay un tema que merece estudio detenido a fin de considerar el caso concreto frente a la inhabilidad de gestión de negocios y es qué sucede con las tratativas precontractuales de los llamados contratos de adhesión o de condiciones generales porque la defensa de la parte demandada y algunos de los terceros intervinientes argumentaron que al tratarse de negocios adhesivos, la gestión de la demandada fue inexistente y, con ello, la situación fáctica comercial desplegada por la Congresista estaría abstraída de la inhabilidad que se le ha atribuido.

2.3.4.1. Las negociaciones precontractuales y los contratos de adhesión o de condiciones generales¹⁰

Es claro que en el caso concreto, las gestiones de la demandada devienen de negocios de los llamados de adhesión o de condiciones generales o estándar o tipo, por cuanto son elaborados unilateralmente por la entidad, en este caso vigilada por la Superfinanciera, y cuyas cláusulas y/o condiciones no son susceptibles de discusión previa, libre ni espontáneamente por el cliente, pues este se limita a expresar su aceptación o rechazo en su integridad.

Para estos efectos, la Sala se detiene en el contrato de adhesión en materia de servicios financieros, de seguros y valores, se encuentra definido en la Ley 1328 de 2009 desde la siguiente literalidad:

"Artículo 2°. Definiciones. Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones:

(...)

¹⁰ Contrato de adhesión como aquel en el que se "somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato" "la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente". "si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen".

f) Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

(...)"

Dentro del marco legal que lo rige, el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone: *"Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos"* (Subraya fuera del texto).

Y para el sector específico financiero, de interés resulta el numeral 3 del Capítulo Primero, Título V de la Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica) de la Superintendencia:

"3. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS DE PRESTACIÓN MASIVA

"3.1. De acuerdo con lo previsto en el numeral 4° del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Financiera tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que estos constituyan contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios.

"Dicha revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses.

"3.2. Para los efectos de este Capítulo se entienden por contratos de adhesión aquellos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad, o aquellos que sean predeterminados en un contrato al que después de celebrado adhieren otros fideicomitentes, quienes solo pueden expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad. Para que se considere como un contrato de adhesión no debe existir necesariamente una parte contratante que sea superior económicamente sobre la otra.

“Por otra parte, por contratos de prestación masiva se entienden aquellos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. Estos contratos responden además en la mayoría de los casos al concepto de contrato de adhesión.

“3.3. Las entidades fiduciarias deberán presentar ante esta Superintendencia, para la evaluación que le compete, los modelos de contrato de adhesión y/o de prestación masiva de servicios que pretendan implementar o sus modificaciones o adiciones.

“El alcance del pronunciamiento de la Superintendencia se limita únicamente a la revisión de los modelos de contrato y en ningún momento constituye una valoración previa, aprobación o conformidad respecto de la validez o eficacia del negocio jurídico, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con su celebración, ejecución y/o liquidación, así como de las obligaciones y derechos de las partes intervinientes, o relacionado con los conflictos de orden contractual que puedan surgir con ocasión del desarrollo del mismo.

“No obstante lo anterior, la Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la suspensión de su utilización y exigir las modificaciones a que haya lugar, cuando dichos contratos en su celebración o ejecución desconozcan alguno de los requisitos señalados en este Capítulo o en una disposición imperativa.

“Tratándose de contratos de adhesión las sociedades fiduciarias deberán entregar a sus clientes al momento de la adhesión todos los documentos jurídicos que hagan parte del contrato al cual adhieren.

“Los contratos fiduciarios diferentes de los de adhesión y/o de prestación masiva de servicios no estarán sujetos a la evaluación previa por parte de la Superintendencia Financiera, sin que ello signifique que sus términos puedan apartarse de lo dispuesto en este Capítulo y en las normas legales vigentes”.

Para el Consejo de Estado dicho contrato se define desde el punto de vista de su unilateralidad al concebirlo como aquel negocio con efectos jurídicos en el que uno de los contratantes somete su voluntad a la del otro quien impone las estipulaciones del contrato, siendo entonces una modalidad comercial aceptada por la ley, cuya reciprocidad volitiva o del consentimiento se encuentra en la aceptación o rechazo de quien se somete.

De interés resulta la forma como la doctrina concibe esta clase de contratos en el tema específico de la reciprocidad del

consentimiento, en la que Marienhoff¹¹ plantea las siguientes inquietudes:

“¿De qué manera debe hallar expresión la voluntad de las partes intervinientes? ¿Deben estas elaborar en común el contenido y las particularidades de su convenio, mediante una libre discusión de este y de sus particularidades? No hay razón alguna de principio que se oponga a ello: pueden celebrarse contratos administrativos cuyo contenido se establezca mediante ese procedimiento de libre discusión, sin que esto afecte la validez del contrato (...). **Pero las modalidades propias del derecho administrativo, y la finalidad inexcusable de toda la actividad de la Administración Pública, en cuyo mérito esta siempre debe tener en cuenta el interés público, hacen que en este ámbito del derecho la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado –cocontratante– a cláusulas prefijadas por el Estado para los casos respectivos. En tales hipótesis la conjunción de voluntades, la fusión de estas, se opera por “adhesión”, vale decir sin discusión de tales cláusulas por parte del administrado, el cual limitase a “aceptarlas”.**

(...).

La conjunción de voluntades y el contenido del contrato administrativo pueden, pues, expresarse o establecerse mediante cualquier medio idóneo reconocido al respecto por la ciencia jurídica. **No es indispensable, entonces, la discusión directa de las cláusulas contractuales entre las partes; basta con que una de estas –el “administrado” o cocontratante– se “adhiera” a las cláusulas contractuales prefijadas por la otra (“Administración Pública”).** ... Si bien la voluntad del administrado es esencial para la existencia del contrato administrativo, **dicha voluntad puede ser idóneamente expresada por “adhesión”,** pues este procedimiento armoniza plenamente con las modalidades del derecho público y con las finalidades de la actividad de la Administración Pública”. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

El tema es conocido de vieja data por la Superintendencia Financiera como se lee en el Concepto 2007001302-001 que emitió el 23 de febrero de 2007, en el que señaló respecto al contrato de adhesión, lo siguiente:

“(...) conocido igualmente como contrato-tipo o de condiciones generales, es definido por la doctrina como **aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los contratantes de manera que la**

11 Citado en sentencia de Sección Tercera, Consejo de Estado de 20 de junio de 2002. Exp. 2000-0004-01 (19488).

contraparte no pueda modificarlas ni hacer cosa distinta que aceptarlas o rechazarlas. En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la formación del contenido contractual y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente”. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En el mismo formulario contractual o en otro documento que se debe adjuntar con el mismo se contienen las cláusulas que reglamentarán el contrato, que se denominan condiciones generales del contrato como bien lo atestiguó el Gerente General del Banco Finandina en su testimonio doctor Orlando Forero Gómez (obrante a folios 508 a 518 cdno. ppal. y CD que reposa a folio 519 ib.), y que bien se sabe que al tratarse de instituciones sometidas al estricto control y vigilancia de la hoy Superintendencia Financiera, la comercialización de productos esenciales se regulan directamente por el Estado y se vigilan a través de sus entes de control y que protegen a las partes en su consentimiento, debido a que se trata de una relación jurídico negocial pactada en la proforma o condiciones generales contractuales.

Se ha dicho también que esta clase de contratos responden o se adaptan a circunstancias que en otras relaciones negociales no se tendrían en cuenta, tales como: el impacto a un gran número de la población dada la naturaleza de la función o servicio que se presta, pues al ser público y recaer sobre un servicio de la misma índole (financiero); el manejo especializado de una de las partes, como lo es la entidad prestadora del servicio financiero y las realidades del mercado ante la inminente necesidad de agilizar la negociación y responder a las dinámicas aceleradas del sector financiero, como claramente lo explicó tiempo atrás la Superintendencia del ramo, al explicar cómo esta clase de contratos se fue depurando y perfeccionando con las dinámicas de la evolución del mercado:

“(…) la dinámica económica contemporánea ha requerido del Derecho el desarrollo de instrumentos y mecanismos de negociación que consulten las necesidades y exigencias de la realidad negocial de la sociedad, pasando de una contratación originada en la formulación de oferta y contraoferta, en que la autonomía de la voluntad rige el contenido de los convenios, a la modalidad basada en clausulados predispuestos por una de las partes contratantes, en que la referida libertad se ve limitada a la aceptación o rechazo de la propuesta negocial, técnica que igualmente ha evolucionado en atención a requerimientos propios de la contratación masiva de bienes y servicios.

(…)

No sobra manifestar, (...), que el contrato de adhesión fue considerado en una primera etapa de su desarrollo como una expresión abusiva del poder económico de uno de los contratantes, razón por la cual doctrinal y jurisprudencialmente se buscará remediar tal desequilibrio en el contrato mediante figuras como la lesión, el principio de la buena fe, el abuso del derecho, etc.

(…)

Por su parte, la doctrina ha expresado que ‘Respondiendo a las exigencias de la dinámica mercantil, el empresario formula un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto los bienes o servicios ofrecidos masivamente al mercado. Este esquema es lo que suele conocerse como contrato estándar, que se caracteriza, pues, por la uniformidad de su contenido. (...) [que] está determinado por las cláusulas predisuestas, llamadas así porque son establecidas de antemano por el empresario”. (Se subraya).

En otras palabras, “(...) el contrato por adhesión abandonó su expresión exclusivamente abusiva para convertirse en el instrumento más idóneo del tráfico de masa.

(…)

“En la segunda etapa del contrato por adhesión, su concepto abarca no solamente aquellas expresiones jurídicas del desequilibrio entre los contratantes, sino también y cada día más la técnica necesaria para poder satisfacer adecuadamente las relaciones económicas contemporáneas”.

Se observa entonces que el contrato de adhesión evolucionó al contrato estándar permitiendo la normal circulación de bienes y servicios en una economía de masa. Es decir, un contrato de adhesión que se utiliza, a partir de cláusulas generales y uniformes, para la contratación masiva de bienes y servicios, corresponde a un contrato estandarizado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Si bien, es claro que el contrato de adhesión debe su existencia a las circunstancias del dinamismo del mercado y ha sido herramienta útil para la contratación masiva, mediante la adhesión a la proforma determinada con antelación por una de las partes quien lo hace unilateralmente, lo cierto es que se trata de un contrato generador de obligaciones y derechos como cualquier otro.

Como lo corrobora uno de los tantos pronunciamientos de la Corte Constitucional en el que se consideró claramente el

componente obligacional de dichos contratos. Se refiere la Sala a la sentencia T-464 del 7 de julio de 2004, en la que se dijo: “... las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone ‘la ley del contrato’ a la otra”.

Lo cierto, para la Sala como operador de la nulidad electoral, es que las tratativas y los negocios de adhesión –a pesar de que las partes se someten a cláusulas preconcebidas por la autoridad de control y vigilancia estatal– son negocios jurídicos contractuales perfectos generadores de derechos y obligaciones, y como tal, sus tratativas y gestiones no se desdibujan como actos precontractuales perfectos y encuadrables dentro de la intervención en la gestión de negocios, pues no pueden invalidarse con el derrotero de la restricción de los elementos del consentimiento o de la voluntad de las partes, lo cual solo acontece en casos excepcionales ante la existencia de una tratativa o cláusula “leonina” o que viole los principios generales de la contratación o normas constitucionales o legales, que no es del caso en el asunto que ocupa a la Sala.

Es más, incluso la parte contratante –en este caso la entidad financiera– tiene un rango o espacio de voluntariedad superior al de la parte contratista –en este caso en cuentahabiente–, sin que le sea viable a la parte demandada argumentar que en realidad la señora Congresista no intervino en la gestión del negocio porque se trataba de acuerdos adhesivos propios del mercado financiero, que responden a cláusulas estándares preconcebidas que inhiben la conducta y la voluntad de obligarse de las partes, por cuanto como se vio en el acervo probatorio, la rúbrica de la doctora **Rincón Herrera** en cada uno de los negocios financieros celebrados con **entidad pública** departamental, **dentro del período inhabilitante** (seis meses antes de la elección, que transcurrieron entre el 9 de septiembre de 2016 y el 9 de marzo de 2014), como se analizó frente a la negociación con la empresa Aguas del Huila.

Queda por verificar por el operador jurídico si se probó el aspecto modal o de propósito de la causal inhabilitante que tiene que ver con el interés propio o “en el de terceros”.

2.3.4.2. El aspecto modal o de propósito de la causal: interés propio o en el de terceros

Dentro de la teleología de este aspecto presupuesto constitutivo de la causal, la Sala explicó en antecedente anterior¹²:

“Abora bien, indiscutible resulta que la inhabilitación está cimentada en la garantía de los principios que

rigen el campo electoral público, en especial el del equilibrio en la contienda política y el de la igualdad de condiciones y de oportunidades en campaña entre los que compiten por una elección.

Tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República y de manera simultánea se desempeñe laboralmente en el manejo de asuntos y de temas que impliquen participar o tomar parte en actuaciones ante entidades públicas en la realización de cualquier diligencia ya en nombre propio, ya en nombre de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal situación para obtener prevalentemente sobre los demás candidatos la concreción o la materialización del asunto de interés que tramite ante dichas entidades oficiales. Igualmente, impedir que el aspirante que se encuentre en estas circunstancias de acercamiento a organismos estatales, por cuenta de las diligencias que adelante ante estas, se beneficie, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura...”.

Para estos efectos, la Sala tendrá en cuenta:

Por una parte, el Reglamento General para Depósitos de Ahorro Banco Finandina S. A. contiene los parámetros básicos que rigen la negociación contractual entre cuentahabiente y la entidad financiera (fls. 479 a 488 cdno. 1) y por otra, la prueba testimonial recaudada en el proceso del Gerente General del Banco Finandina, da cuenta de los siguientes aspectos: i) la vinculación de la doctora ANA MARÍA RINCÓN mediante la búsqueda de personal cuando se abrió la oficina de Neiva, quienes presentaron las hojas de vida, incluida ANA MARÍA RINCÓN y fue escogida por su experiencia durante muchos años en Colpatria. Indicó que dentro de la generalidad del sistema financiero el perfil de director de oficina se basa en cuatro grandes categorías: 1) profesional; 2) experiencia bancaria; 3) competencias y habilidades que se evalúan con pruebas especializadas y, 4) capacidad para relacionarse tanto con el equipo como con el entorno. Y afirmó que para los ascensos se ponderan variables como competencias, destrezas y resultados.

Recordó que la doctora **Rincón Herrera** trabajó con la entidad seis (6) meses; su responsabilidad como Gerente es ofrecer productos y servicios habilitados por la Superfinanciera, tales como, cuentas de ahorro y otros servicios que se ofrecen a toda la comunidad, incluido el municipio, mediante contratos de adhesión y con base en esa modalidad negocial, tanto la entidad territorial como la empresa Aguas del Huila abrieron cuentas financieras; dentro de las actividades del Gerente de una sucursal está la de promoción y despliegue publicitario ante toda la comunidad.

Al ponérsele a la vista el documento de oferta de los servicios financieros respondió: es el formato que emplea el banco como

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986). Actor: Humphrey Roa Sarmiento y otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá.

mecanismo o medio de comunicación masiva para los clientes y luego buscamos que los empleados del banco se comuniquen con los clientes para evitar resultados inadecuados de los servicios que oferta el banco.

Indicó que los contratos de adhesión son aprobados previamente por la Superfinanciera para regular la posición de las entidades financieras frente al público. Aunque existen condiciones particulares que las reglamenta el propio banco, como la asignación de condiciones especiales.

Explicó que la apertura de cuenta conllevaba la suscripción del formulario de vinculación, pues con ello se acredita la capacidad financiera del cuentahabiente y es facultativo del Gerente de la sucursal; mientras que frente a los beneficios económicos dijo no recordar que las cuentas de ahorro generen beneficios específicos; que lo que sí puede otorgarse son condiciones comerciales diferentes a las que se ofrece al público en general basados en condiciones del mercado, pero dicho beneficio opera por orden de la dirección general y fueron personalmente aprobadas por el testigo en su calidad de Gerente Nacional y reconoció que se otorga tasas de rendimientos superiores a las de la oferta general que se envía a todo público.

Afirmó que no le consta si la actividad desplegada por la demandada como Gerente de la oficina Neiva fue utilizada para su aspiración al Congreso, pero enfatizó en que la actividad política en la entidad financiera no se permite ni es conveniente.

Dijo que el Gerente no recibe beneficio económico derivado de la apertura de cuentas o contratación de servicios financieros (fl. 508 a 518 y cd en fl. 19, cdno. ppal.).

Encuentra la Sala, que siguiendo el derrotero jurisprudencial pretranscrito, la gestora doctora **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA** dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina.

Huelga aclarar que el despliegue de actividades devenidas de un contrato laboral o de una vinculación de la misma estirpe, a lo cual tiene derecho todo ciudadano no es lo que se analiza en este caso, sino que dentro del análisis de legalidad objetiva, la doctora **RINCÓN HERRERA**, dentro del período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, intervino en la gestión de negocios y con ello favoreció a un tercero (Banco Finandina) y potencializó en beneficio propio su nombre ante las entidades estatales, circunstancia que no es igualitaria para todos aquellos participantes en las justas electorales.

Finalmente, resta pronunciarse sobre el argumento justificativo de la parte demandada atinente a la intempestiva e imprevista

inscripción de la candidatura ante el hecho funesto de la muerte del doctor Sergio Younes Rincón –hijo de la demandada–.

2.3.4.3. Argumento eximente de la inhabilidad: la inscripción imprevista e intempestiva de la candidatura y los hechos que la rodearon

Probatoriamente, en cuanto al primer aspecto justificativo se tienen las siguientes pruebas documentales:

El 3 de diciembre de 2013, el Secretario General y Representante Legal del Partido Social de Unidad Nacional –Partido de la U– otorgaron aval al señor Sergio Younes Rincón para las referidas elecciones (fl. 279). El 6 de diciembre siguiente el candidato informó al Partido de la U, la designación del Gerente de su campaña (copia autenticada fls. 286 a 287).

El día 9 de diciembre de 2013 se expidió el formulario E-6 CT contentivo de la solicitud de inscripción de lista de candidatos y aceptación de la candidatura para la elección de Cámara territorial por el departamento del Huila para las elecciones de 9 de marzo de 2014 (período 2014-2018), por el Partido Social de Unidad Nacional, en lista con voto preferente, relaciona cuatro candidatos, entre ellos, el señor Sergio Younes Rincón (fls. 274 a 276).

El 7 de febrero de 2014, el Partido de la U, mediante formulario E-7 CT suscribe modificación a la lista informando como causa del cambio de candidato, la muerte¹³ de Sergio Younes Rincón reemplazándolo con la demandada **ANA MARÍA RINCÓN HERRERA**, quien había otorgado aval el día 4 de febrero anterior (copia autenticada fls. 288 a 290 y 293).

Al respecto la Sala ha de recordar que el contencioso de legalidad electoral es un medio de control típicamente de corte objetivo en su análisis acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un acto administrativo (de elección, nombramiento, designación), se trata del juzgamiento sobre un acto desde su encuadramiento en el ordenamiento constitucional y legal.

Así las cosas, el hecho constitutivo de fuerza mayor, en realidad es el fallecimiento del anterior candidato –hijo de la doctora **RINCÓN HERRERA**– pero ese funesto episodio no resultaba intempestivo ni irresistible ni imprevisto para la asunción de una candidatura congresal y posterior elección como Representante a la Cámara, porque *a contrario sensu* lo previsible, resistible y determinable es que en el lapso inhabilitante de los seis (6) meses previstos en la norma constitucional se proscriba que quien tenga la intención de postularse como candidato debe estar libre de conductas y hechos constitutivos de inhabilidad como en efecto lo es la intervención en la gestión de negocios.

13 Sobre la muerte del candidato Younes Rincón reposa Registro Civil de Defunción con indicativo serial 08578161 de la RNEC, en el que se informa que murió el 25 de enero de 2014 (copia autenticada fl. 292).

Por ello es que el supuesto eximente de la inhabilidad que se apoya en la inscripción a último momento por fuerza mayor no desvirtúa ni morigera la incursión en inhabilidad para efectos de la declaratoria de nulidad electoral, precisamente porque deviene de un análisis objetivo ajeno a cualquier aspecto de la conducta ni de los elementos y presupuestos que le son propios como la culpabilidad y la antijuridicidad, no siendo de recibo para este asunto ni para la competencia del operador de la nulidad electoral¹⁴.

Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara ANA MARÍA RINCÓN HERRERA (período 2014-2018), en tanto se probó que con conductas concretas, activas y dinámicas como gestora de la entidad financiera incurrió en la inhabilidad de gestionar negocios con entidades públicas durante el término inhabilitante y, por ende, la elección fue contraria a derecho, de conformidad con el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política.

En consecuencia, se cancelará la credencial correspondiente, conforme al artículo 288 numeral 3º del CPACA, y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

¹⁴ Por vía de aclaración de voto, quien es ponente de esta sentencia ha planteado el aspecto del estudio subjetivo y objetivo, como mecanismo para evaluar la pérdida de investidura, bajo los siguientes derroteros: "para ahondar en razones sobre la falta de estructuración de la causal de pérdida de investidura en el presente caso, debió igualmente precisar que dicha figura es una acción de carácter sancionatorio en la que la responsabilidad es personal y, por ende, debe contar con el elemento subjetivo de la conducta humana, que se traduce en la culpabilidad, por cuanto en materia sancionatoria no puede haber responsabilidad objetiva, por estar ella proscrita por el artículo 29 constitucional. En efecto, mientras la acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un acto administrativo (de elección, nombramiento, designación), el de pérdida de investidura es un juicio estrictamente sancionatorio en el que se juzga si un miembro de corporación incurrió en alguna de las causales que el constituyente o el legislador, según el caso, ha señalado como constitutiva de tal situación. Así, de entrada se observa que mientras en un caso el juzgamiento recae sobre un acto, en el otro recae sobre la conducta que ejecutó una persona. Cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, imperativo se torna precisar tanto el precepto, en el que se contiene la descripción típica de la conducta que genera el reproche, como la consecuencia que la incursión en ella genera que en este evento es la sanción de pérdida de investidura. No obstante, el primer interrogante que surge en la aplicación de esta normatividad, es el de considerar, si para ello es suficiente la demostración de la simple causalidad material entre la acción y el resultado, y que establecida esta relación de causalidad, de contera surge la imposición de la consiguiente sanción, o si contrario sensu, lo que se impone es establecer en primer orden, bajo la comprensión de la norma completa, su real naturaleza jurídica, para a partir de ello, determinar si a la manera de las llamadas ciencias exactas, es suficiente para la imputación del resultado típico la simple causación material del mismo por parte de su autor...". Exp. Pérdida de Investidura No. 2013-1115-00. Actor: Pablo Bustos Sánchez. Demandado: Roy Leonardo Barreras Montealegre. AV de 28 de julio de 2015.

III. LA DECISIÓN

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

FALLA:

Primero: Declárase la nulidad de la elección de la doctora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA como Representante a la Cámara, por el departamento del Huila, período 2014-2018.

Segundo: En consecuencia, **cancelése** la credencial de Congresista, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de esta sentencia (num. 3 art. 275 CPACA).

Tercero: Comuníquese la decisión al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992.

Cuarto: Comuníquese al Presidente de la Cámara de Representantes, para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera

Esperanza Gómez de Miranda

Conjuez

Augusto Hernández Becerra

Conjuez

**Ley 1437 DE 2011 - Aclaración de la sentencia/
ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA - Presupuestos
de fondo para su procedencia/ACLARACIÓN
DE LA SENTENCIA - Solo es permitida para
concretar conceptos o enmendar frases que
ofrezcan serias dudas, siempre que integren la
parte resolutive o influyan directamente en ella**

El instituto de la aclaración de sentencias para efectos del medio de control de nulidad electoral quedó consagrado en el CPACA, en el artículo 290, cuya literalidad dispone: “Artículo 290. Aclaración de la sentencia. Hasta los dos (2) días siguientes a aquel en el cual quede notificada, podrán las partes o el Ministerio Público pedir que la sentencia se aclare. La aclaración se hará por medio de auto que se notificará por estado al día siguiente de dictado y contra él no será admisible recurso alguno. En la misma forma se procederá cuando la aclaración sea denegada”. Pero al carecer de definición de los presupuestos y requisitos de la solicitud de aclaración contra la sentencia, es aplicable, el ordenamiento procesal civil, por remisión del artículo 296 que dispone “en lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”, en armonía con el artículo 306 *ibidem* que consagra “en los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil –hoy CGP– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Pues bien, el Código General del Proceso en su artículo 285 regula el tema de la aclaración de providencias, en los siguientes términos:” La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella. En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia. La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración” Según el precepto transcrito, la aclaración solo es permitida para disipar conceptos o enmendar frases que ofrezcan verdaderas dudas, siempre que integren la parte resolutive o influyan directamente en ella, sin que esto signifique que el juez pueda reformar o revocar la providencia o que la solicitud de aclaración constituya una oportunidad procesal para que las partes reclamen una evaluación diferente del caudal probatorio o una posición hermenéutica jurídico-normativa diferente. Los presupuestos de fondo para su procedencia, son: Que la providencia contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda; Que aparezcan en la parte resolutive de la sentencia; O que influyan en el sentido de la misma.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 290/Código General del Proceso - artículo 285

**ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA - Negada. Lo que se
pretende es retrotraerse al debate jurídico y
probatorio**

En el caso en estudio la parte demandada no plantea en la solicitud de aclaración conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda contenidos en la parte resolutive de la sentencia o en la motiva que influyan en aquella, por cuanto se trata de divergencias de argumentación jurídica y de posición hermenéutica que no comparte. La parte demandada plantea como puntos de aclaración de la providencia aspectos que a juicio de la Sala le son tan claros que puede oponerse y criticarlos bajo su propia interpretación jurídica, lo que denota en contraste, que no le fueron confusos sino que le son opuestos. La alegación de la demandada no se compadece con la naturaleza de la figura de la aclaración, pues por vía indirecta pretende retrotraerse al debate jurídico y probatorio. Nuevamente se insiste que la solicitante de aclaración comprende perfectamente la argumentación de la providencia a la que le endilga pasajes oscuros, que en realidad son disconformidades jurídicas y de fondo frente a las consideraciones, interpretación y decisión que adoptara la Sala. (...) todo lo anterior permite a la Sala concluir, sin mayores disertaciones, que la solicitud de aclaración debe ser negada, pues la petición no se encamina a que sean explicadas expresiones o frases del fallo que sean ambiguas, ni tampoco algún aspecto confuso que requiera mayor entendimiento sobre la parte resolutive de la providencia o que influyan en el sentido de la misma, pues lo que aquí se pretende es reabrir el debate sobre las circunstancias que la parte demandada consideró podían sustentar la inexistencia de la inhabilidad, a partir de elementos subjetivos o conductuales. Lo cierto es que la inscripción de la candidatura y la participación en las justas electorales para Congreso nada tienen de sorpresivo y menos cuando se trata de hechos constitutivos de inhabilidad, dado el contenido expreso y contundente de las conductas prohibitivas, los sujetos activos y pasivos y los plazos o términos que las disposiciones contienen.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00

Actor: Iván Medina Ninco

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Huila

Procede la Sala a resolver la solicitud de aclaración que la parte demandada, por intermedio de apoderado judicial, presentó contra la sentencia de 3 de agosto de 2015, mediante la cual

se declaró la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara por el departamento del Huila (2014-2018).

I. ANTECEDENTES

En el proceso de la referencia, el señor Iván Medina Ninco, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó declarar la nulidad del Acta General de Escrutinio y del E-26CAM que designaron a la doctora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA en calidad de Representante a la Cámara.

2) El sustento fáctico de la demanda giró en torno al hecho constitutivo de inhabilidad en la modalidad de intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos, dentro del periodo inhabilitante de seis (6) meses anteriores a la elección, por cuanto la demandada en calidad de Gerente del Banco Finandina, sucursal Neiva, gestionó contratos de servicios financieros y celebró contrato de prestación de servicios con FOMCULTURA.

3) La Sección Quinta mediante la sentencia de 3 de agosto de 2015 frente a la cual se solicita aclaración, accedió a declarar la nulidad de la elección de la Representante demandada, al considerar que sí se acreditó la intervención en gestión de negocios ante entidades públicas por parte de la señora Congresista.

II. LA SOLICITUD

La parte demandada, por intermedio de apoderado judicial, presentó solicitud de aclaración contra el fallo.

Los argumentos sustento de la aclaración fueron: i) el fallo no explica por qué el envío de unas comunicaciones dirigidas tanto a entidades públicas como privadas, informándoles sobre la apertura de oficina bancaria constituye gestión de negocios; ii) se omite analizar el carácter de servicio público que se le atribuye a la actividad bancaria y sus implicaciones en la inhabilidad deprecada, tal como se planteó en la contestación de la demanda; iii) no explica que la demandada carecía de la condición de candidata y que ni siquiera aspiraba a ello, pues dicha calidad la tenía era su hijo y iv) tampoco aparece motivación alguna para realizar un detenido e importante análisis sobre el contrato de adhesión, si la causal de gestión de negocios excluye la celebración del contrato. Así las cosas, la pretensión debió ser negada por improcedente.

E indicó *“es absolutamente indispensable que se precise mediante la aclaración solicitada la posible en la que se incurre cuando en la sentencia se afirma de un lado que la gestión de negocios va aparejada de un beneficio electoral a favor del candidato y de otro se afirma que el beneficio debe ser de carácter negocial”* (fl. 811 cdno. ppal.).

Se opone a las consideraciones de la sentencia, al afirmar que se confunden dos conceptos diferentes, de una parte el contencioso objetivo de nulidad electoral con el de responsabilidad objetiva, al hacerse referencia al eximente de inhabilidad, cuando lo que

se pretendía demostrar era la inexistencia de la condición de candidata al momento de los hechos.

Aseveró que la nulidad electoral también es una drástica sanción tanto así que desaparece el acto administrativo, que se impone a quien lo ha expedido, no como persona sino como institución por haber desconocido el ordenamiento jurídico superior que debió servirle de fundamento para expedirlo.

Insistió en que la teleología de la causal es evitar que quien es candidato o quien aspire a serlo no obtenga ventajas electorales y se mira el grado de culpabilidad del demandado, de conformidad con lo que resulte probado.

Le otorga validez a la solicitud de aclaración porque los argumentos de la sentencia a los que se alude incidieron en forma determinante en la decisión adoptada y así tener certeza sobre lo decidido (fls. 807 a 814 cdno. ppal.).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El instituto de la aclaración de sentencias para efectos del medio de control de nulidad electoral quedó consagrado en el CPACA, en el artículo 290, cuya literalidad dispone:

“Artículo 290. Aclaración de la sentencia. Hasta los dos (2) días siguientes a aquel en el cual quede notificada, podrán las partes o el Ministerio Público pedir que la sentencia se aclare. La aclaración se hará por medio de auto que se notificará por estado al día siguiente de dictado y contra él no será admisible recurso alguno. En la misma forma se procederá cuando la aclaración sea denegada”.

Pero al carecer de definición de los presupuestos y requisitos de la solicitud de aclaración contra la sentencia, es aplicable, el ordenamiento procesal civil, por remisión del artículo 296 que dispone *“en lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”*, en armonía con el artículo 306 *ibidem* que consagra *“en los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil –hoy CGP¹– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

Pues bien, el Código General del Proceso en su artículo 285 regula el tema de la aclaración de providencias, en los siguientes términos:

1 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 25 de junio de 2014. Exp. 20120039501 (IJ). Demandante: Cafesalud EPS S. A. Demandado: Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social. En este auto se aplicó el CGP y se analizó su entrada en vigencia. Decisión no compartida por las Consejeras Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Susana Buitrato Valencia, según razones que constan en los salvamentos de voto que acompañan a la providencia, pues consideraron que la norma que regía el caso era el CPC, en tanto el recurso de apelación se presentó antes del 1º de enero de 2014 (fecha en que entró a regir el CGP, art. 267).

*“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que **ofrezcan verdadero motivo de duda**, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración” (negritas y subrayas fuera de texto).

Según el precepto transcrito, la aclaración solo es permitida para disipar conceptos o enmendar frases que ofrezcan verdaderas dudas, siempre que integren la parte resolutive o influyan directamente en ella, sin que esto signifique que el juez pueda reformar o revocar la providencia o que la solicitud de aclaración constituya una oportunidad procesal para que las partes reclamen una evaluación diferente del caudal probatorio o una posición hermenéutica jurídico-normativa diferente.

Los presupuestos de fondo para su procedencia, son:

- Que la providencia contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda
- Que aparezcan en la parte resolutive de la sentencia
- O que influyan en el sentido de la misma

Pues bien, como procede a explicarse, en el caso en estudio la parte demandada no plantea en la solicitud de aclaración conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda contenidos en la parte resolutive de la sentencia o en la motiva que influyan en aquella, por cuanto se trata de divergencias de argumentación jurídica y de posición hermenéutica que no comparte.

En efecto, para dilucidar lo dicho, se tomarán apartes del memorial para corroborar la consideración que en forma temprana ha hecho la Sala:

-No se explica cómo el envío de comunicaciones dirigidas a las entidades (públicas o privadas) informándoles la apertura de la oficina bancaria y los servicios ofrecidos constituye gestión de negocios.

-No se tuvo en cuenta el carácter de servicio público propio del sector financiero.

-La carencia de calidad de candidata por parte de la demandada.

-La falta de motivación del porqué se analizaron los contratos de adhesión.

-La confusión de la nulidad electoral con la responsabilidad objetiva y, por ende, la falta de valoración del deceso del hijo de la demandante no como eximente de la inhabilidad sino como la inexistencia de la calidad de candidata que le impedía encuadrar en el supuesto de la inhabilidad.

Esas disertaciones en nada reflejan los presupuestos de la aclaración de providencias de tratarse de puntos oscuros o generadores de verdaderas dudas y que influyan en la decisión, en tanto literalmente plantea interrogantes propios a discutirse en la contienda de fondo y que fueron resueltos en forma contraria al pensamiento de quien solicita la aclaración.

La parte demandada plantea como puntos de aclaración de la providencia aspectos que a juicio de la Sala le son tan claros que puede oponerse y criticarlos bajo su propia interpretación jurídica, lo que denota en contraste, que no le fueron confusos sino que le son opuestos. Ello se evidencia en las siguientes anotaciones que hace el memorialista luego de enlistar lo que afirma debe aclararse:

“Para sustentar su posición, la Honorable Ponente en este proceso observa que en casos de pérdida de investidura ha sostenido que es necesario otorgarle a determinadas causales un carácter subjetivo por cuanto se trata de una drástica sanción en contra del demandado si llegare a prosperar, cosa que no ocurre en el Contencioso Electoral pues bastaría con que se den los hechos para que se entienda verificada la causal correspondiente (responsabilidad objetiva). Pues bien, si entendimos bien el planteamiento, es de considerar que la nulidad de un acto administrativo es igualmente y sin lugar a dudas una drástica sanción que se le impone a quien lo ha expedido...”

En realidad, plantea su desacuerdo con la consideración que hizo la Sala en el fallo referente a encuadrar los supuestos fácticos probados en el supuesto jurídico que trae la norma que consagra la inhabilidad, cuyo texto se analizó en la providencia bajo los supuestos comparativos frente a la presunción de legalidad del acto que debe ser desvirtuada por el interesado y que no ha sido variada en la carga argumentativa que le cabe a quien tiene como propósito romperla.

Análisis como las tratativas en los contratos de adhesión y los actos precontractuales a través de la oferta de servicios financieros debido a la apertura de la sucursal bancaria, que el memorialista dice no explicarse su razón de ser y a la que endilga falta de argumentación, respectivamente, buscaban dentro del panorama jurídico objetivo de la legalidad del acto, determinar si en realidad el aspecto conductual y volitivo de quien los negocia pasaba a planos menos trascendentes, a fin

de no entender inhabilitada a la demandada, pero nuevamente la realidad probatoria en el caso concreto mostraba que ello no era así, al observarse que sí existieron tratos para negociar servicios financieros con entidades públicas, como claramente se corroboró y se analizó detenidamente con base en el acervo probatorio.

La sentencia tuvo tanto cuidado en ello que precisamente aquellas tratativas e incluso negocios que no quedaron incluidos dentro del período inhabilitante, a pesar de que se probaron en sus tratativas y celebración de contrato de servicios financieros a favor del Banco Finandina, fueron desechados como elementos de probanza de la inhabilitación, precisamente atendiendo al aspecto meramente objetivo que caracteriza el análisis de los medios de control en los que se discute la legalidad del acto².

Y se desecharon aspectos que en nada alteran el entendimiento de la causal inhabilitante, no obstante su trascendencia en el sentimiento humano, pues precisamente el operador de la nulidad electoral, quien a lo largo de su devenir entiende la realidad del individuo como ser político que es, debe dejar de lado aspectos de impacto subjetivo que de alguna forma inclinen su decisión por fuera del límite jurídico que impone la norma.

Aspectos como el carácter de público predicable del servicio financiero o la carencia de la calidad de candidata por parte de la demandada ante la asunción intempestiva de la misma, derivada de la muerte de su hijo, son elementos que no tienen la entidad de desvirtuar la existencia del hecho constitutivo de inhabilitación visto desde la objetividad de la nulidad electoral.

Vistos los planteamientos de la parte demandada, es evidente para la Sala, que tiene tan claro el alcance de la providencia de la cual pretende se aclare, que logra plantear su disconformidad con la argumentación jurídica. Sus palabras denotan que no es que haya puntos dudosos sino que por vía de la aclaración se replantee la discusión jurídica de fondo como si se tratara de otro medio de impugnación.

Ha de recordarse que entre la aclaración y la impugnación sustento de recursos hay una gran diferencia, que permite entender el alcance y la misión de cada una de las figuras procesales de que se trata, como bien lo refirió el profesor Devis Echandía, de la siguiente forma “...con el texto de

la aclaración no puede perseguirse una reforma ni una adición de la decisión adoptada”³, propósitos estos que sí corresponden a los recursos y que responderían al objetivo de la actora de replantear la discusión procesal del adecuado medio de control.

En otra de sus obras, letras de las cuales la Sala se nutre, el profesor Devis se refirió al papel del operador en los eventos de aclaración de sus providencias: “(...) *el juez solo debe acceder a la aclaración cuando de acuerdo con su criterio le parezca que existe el motivo de duda sobre su decisión, aunque el peticionario piense otra cosa. La aclaración... no puede llegar a modificar su alcance o el contenido de la decisión, pues debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos o frases contenidos en ella, para precisar simplemente el sentido que les quiso dar al redactarla*”⁴.

Volviendo al planteamiento de la parte demandada, ha de recordarse que en reiteradas oportunidades jurisprudenciales, los tratos negociales con las entidades públicas solo han sido morigerados en esta clase de inhabilitación cuando constituyen ofrecimientos que se dan en pro del interés general, lo que no se predica, por regla, de los negocios de servicios financieros y menos cuando estos recaen en los tratos propios del giro lucrativo de los negocios de una entidad financiera.

Al respecto, huelga recordar que la consideración de la Sala en el fallo objeto de aclaración, simplemente se basó en la naturaleza de la inhabilitación, en las conductas previstas en ella y en si los hechos probados encuadraban o no en aquella para analizar la legalidad objetiva y abstracta del acto declaratorio de elección mediante la acción de nulidad electoral, de ahí la razón por la cual se ha sostenido que este es una especie de nulidad simple solo que con término de caducidad.

Así pues, la alegación de la demandada no se compadece con la naturaleza de la figura de la aclaración, pues por vía indirecta pretende retrotraerse al debate jurídico y probatorio. Nuevamente se insiste que la solicitante de aclaración comprende perfectamente la argumentación de la providencia a la que le endilga pasajes oscuros, que en realidad son disconformidades jurídicas y de fondo frente a las consideraciones, interpretación y decisión que adoptara la Sala.

La interpretación que hiciera la Sección Quinta al decidir la demanda de nulidad electoral, se basó en que desde el análisis objetivo de la norma frente al acto administrativo y los presupuestos de la inhabilitación resultaron demostrados la intervención en gestión de negocios financieros con entidades públicas dentro del período inhabilitante, en razón a que la norma dispone en forma clara y expresa: “**quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas... en interés propio o de terceros... dentro de**

2 A folio 37 de la sentencia se lee: “...varios de los hechos probados incluyeron ofertas anteriores al período inhabilitante y actividades posteriores al mismo, tal como aconteció, entre otros, con el servicio financiero ofrecido al municipio de Neiva, a través de su Tesorero y de su Secretario de Hacienda, en el cual las respectivas ofertas se dieron los días 16 y 15 de agosto de 2013, respectivamente (copia autenticada fls. 33 a 34, 473 a 474 y 459 a 466 cdno. 1); al departamento del Huila, a través de su Secretario de Hacienda, por cuanto la oferta la hizo la demandada el 15 de agosto de 2013 (fls. 471 a 472 cdno. ppal.); a la Gerencia de “Guipas y Chavos”, oferta que realizó la entonces Gerente el 21 de agosto de 2013 (fls. 475 a 476 cdno. Ppal.). Tampoco la negociación acreditada con la Empresa de Lotería y Juego de Apuestas Permanentes es de recibo, por cuanto solo se probó el contrato de cuenta de ahorros que suscribió el día 19 de septiembre de 2013 (fls. 580 a 582 cdno. 1), sin que esté claro que la doctora Rincón Herrera haya desplegado negociaciones precontractuales dentro del período inhabilitante”.

3 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Parte General. V.1. 5ª ed. Editorial Panamericana. Bogotá. 1982. Pág. 211.

4 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad. Rivadavia Buenos Aires. 3ª ed. Revisada y corregida. Reimpresión. 2004. Pág. 426.

los *sets* (6) meses anteriores a la elección", todos esos elementos fueron probados frente al actuar de la doctora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, sin que pueda decirse que no era candidata, porque se inscribió como tal el 7 de febrero de 2014 y así se encontró probado conforme se lee a folio 15 de la sentencia, independientemente de sus circunstancias históricas y personales que le llevaron a hacerlo que también se valoraron, solo que no en el sentido que la parte demandada quería; que sí intervino en gestión de negocios financieros el 22 de octubre de 2013, con la entidad pública "Acueductos y Alcantarillado del Huila-Aguas del Huila S. A. ESP" y con el municipio de Baraya, el 24 de octubre de 2013 (véase fl. 38 de la sentencia) y, que tanto la candidatura como la intervención en gestión de negocios se dieron respectivamente, los días 7 de febrero de 2014 y 23 y 24 de octubre de 2013, es decir, dentro del período inhabilitante de los seis (6) meses anteriores a la elección que aconteció el 9 de marzo de 2014 (del 9 de septiembre de 2014 al 9 de marzo de 2015, folio 36 de la sentencia). Esta es la realidad de la situación de la demandada que fue probada y lo que sustentó fáctica y probatoriamente la decisión que ahora se califica de oscura y susceptible de aclaración a partir de insistir en argumentos subjetivos dentro del análisis de legalidad objetivo propio de los actos administrativos.

Todo lo anterior permite a la Sala concluir, sin mayores disertaciones, que la solicitud de aclaración debe ser negada, pues la petición no se encamina a que sean explicadas expresiones o frases del fallo que sean ambiguas, ni tampoco algún aspecto confuso que requiera mayor entendimiento sobre la parte resolutive de la providencia o que influyan en el sentido de la misma, pues lo que aquí se pretende es reabrir

el debate sobre las circunstancias que la parte demandada consideró podían sustentar la inexistencia de la inhabilidad, a partir de elementos subjetivos o conductuales.

Lo cierto es que la inscripción de la candidatura y la participación en las justas electorales para Congreso nada tienen de sorpresivo y menos cuando se trata de hechos constitutivos de inhabilidad, dado el contenido expreso y contundente de las conductas prohibitivas, los sujetos activos y pasivos y los plazos o términos que las disposiciones contienen.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

IV. RESUELVE:

Primero. Denegar la solicitud de aclaración presentada por la parte demandada contra la sentencia proferida por la Sección Quinta de esta Corporación el 3 de agosto de 2015.

Segundo. Contra la presente decisión, de conformidad con el artículo 290 del CPACA no procede recurso.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

Carlos Alberto Moreno Rubio

Consejero de Estado

Augusto Hernández Becerra

Conjuez

RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que ordenó sorteo de Conjuez / RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Improcedente porque auto que ordena sorteo de conjueces no es apelable

El demandante recurre al auto de 4 de agosto de 2015 proferido por el Consejero Ponente del proceso de la referencia en la que se ordenó el sorteo de un conjuez en razón a “no se logró la aprobación del proyecto por la mayoría de los integrantes de la Sala” y “a efectos de conformar el quórum requerido”. Estima que comoquiera que la Sala Plena del Consejo de Estado eligió al doctor Carlos Enrique Moreno Rubio como Consejero de Estado para la Sección Quinta se debe revocar la citada providencia judicial puesto que con este estaría conformado el quórum requerido para la respectiva Sala de Decisión, además, que el artículo 115 del CPACA precisa que “los nuevos Magistrados desplazan a los Conjuces”.

Por su parte el apoderado judicial del demandado pide que el recurso sea rechazado por improcedente “toda vez que se trata de una decisión de trámite y no de una que por su naturaleza sea apelable”. La Sala reitera que, como se indicó en el acápite 2 de esta parte considerativa, la súplica procede contra “los autos que por su naturaleza serían apelables”, dictados por el Consejero Ponente en el curso de una segunda o única instancia. El artículo 243 del CPACA preceptúa: “Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: 1. El que rechace la demanda. 2. El que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite. 3. El que ponga fin al proceso. 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público. 5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios. 6. El que decreta las nulidades procesales. 7. El que niega la intervención de terceros. 8. El que prescinda de la audiencia de pruebas. 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Comoquiera que el auto que ordena el sorteo de conjueces, proferido dentro del trámite de una demanda de nulidad electoral de única instancia, no se encuentra dentro del listado transcrito, la Sala rechazará por improcedente el presente recurso de súplica. Ahora, y en gracia de discusión, es de precisar que si bien es cierto que el artículo 115 del CPACA establece que “los nuevos Magistrados desplazan a los Conjuces” y que la Sala Plena del Consejo de Estado eligió y confirmó al doctor Carlos Enrique Moreno Rubio como Consejero de Estado de la Sección Quinta de esta Corporación, también lo es que este no ha tomado posesión de tal Magistratura, por lo tanto, solo hasta que acontezca tal circunstancia es que se desplazarían los Conjuces, según cada caso. Además, que la decisión de sortear otro conjuez para el proceso fue precisamente porque “no se logró la aprobación del proyecto por la mayoría de los integrantes de la Sala,” como se indicó en la providencia recurrida, es

decir, para dirimir un empate, hipótesis que se encuentra contemplada por el legislador en el artículo 115 del CPACA.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 115 / Ley 1437 de 2011 - artículo 243

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00132-00 (S)

Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas

Demandado: Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica que presentó el apoderado judicial del actor contra el auto de 4 de agosto de 2015, proferido por el Consejero Ponente Alberto Yepes Barreiro en el que se ordenó el sorteo de un conjuez.

I. ANTECEDENTES

1. De la demanda

El señor Diego Felipe Urrea Vanegas presentó demanda de nulidad electoral contra la elección de Jhon James Fernández López como Director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, contenida en el Acuerdo No. 011 de 29 de agosto de 2014.

2. De los hechos

El actor fundó la demanda en los siguientes supuestos fácticos que la Sala sintetiza así:

1. Que en reunión ordinaria del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío celebrada el 10 de julio de 2014 se definió el procedimiento interno para la designación del Director de esa corporación para lo que resta del período institucional de 2014 y hasta el 31 de diciembre de 2015.

2. Que el 25 de agosto de 2014 el Secretario del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Quindío convocó a sesión ordinaria de dicha autoridad para el día 29 del mismo mes y año a partir de las 9:00 a. m. en la Sala de Juntas de la Entidad, a efectos de elegir al Director de esa Entidad.

3. Que el citado Secretario de dicho Consejo Directivo informó a los integrantes del mismo que la señora Gobernadora y

Presidenta de este, no podía estar en la hora señalada en la convocatoria para la elección del Director, en razón a motivos laborales, por lo que procedió a solicitar la aprobación del cambio de hora para las 3:00 p. m. a los demás miembros de dicho Consejo.

4. Que el 29 de agosto de 2014 a las 9:00 a. m. se hicieron presentes, en el sitio señalado en la convocatoria, cinco (5) miembros del Consejo Directivo quienes no pudieron ejercer su derecho al voto.

5. Que a las 3:00 p. m. del 29 de agosto de 2014, siete (7) integrantes designaron "arbitrariamente" al demandado como Director de la Entidad.

6. Que la Gobernadora no estaba facultada para convocar la reunión ordinaria para elegir al Director de la Corporación Autónoma ni para determinar la programación de tal sesión.

7. Que el Secretario del Consejo Directivo no realizó la citación para la elección con la antelación requerida por los estatutos de la Entidad.

3. De los argumentos del recurrente

El demandante solicitó que se revoque el auto de 4 de agosto de 2015 que ordenó el sorteo de un conjuez "a efectos de conformar el quórum requerido" porque con la elección del doctor Carlos Enrique Moreno Rubio como Consejero de Estado de la Sección Quinta, se modificó la integración de la Sala, pues con este nuevo miembro se conformó el quórum requerido, y en razón a que según el artículo 116 del CPACA "los nuevos Magistrados desplazan a los Conjueces".

4. De las alegaciones del demandado

El apoderado judicial del demandando, durante el término del traslado del recurso, manifestó que el mismo debía ser rechazado por improcedente "toda vez que se trata de una decisión de trámite y no de una que por su naturaleza sea apelable".

Adicionalmente, sostuvo que no entiende la razón que motivó el recurso, porque la aludida circunstancia de la elección del nuevo Consejero no recompone integralmente la Sección "con miras a que la sentencia se adopte por todos sus integrantes", puesto que la Sala de la Sección Quinta es integrada por cuatro (4) Consejeros.

II. CONSIDERACIONES

1. Del auto suplicado

La providencia suplicada es la de 4 de agosto de 2015, por medio del cual el Consejero Ponente ordenó efectuar el sorteo de un conjuez y en la cual se indicó:

"En razón a que en la sesión realizada el 3 de agosto de 2015 no se logró la aprobación del proyecto por la mayoría de los integrantes de la Sala, por Secretaría, procédase a efectuar el sorteo de un (1) conjuez a efectos de conformar el quórum requerido.

El sorteo se realizará en la forma prevista en el artículo 116 del CPACA (...)"

2. Oportunidad, trámite y competencia del recurso de súplica

El artículo 246 del CPACA establece que:

"El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno".

Así, el recurso de súplica es resuelto por la Sala a la que pertenece el Consejero que profirió la decisión recurrida, que en este caso es la Sección Quinta, y deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia judicial, circunstancia que aconteció, pues la súplica se presentó el 7 de agosto de 2015 y la providencia judicial recurrida se notificó por estado del 6 del mismo mes y año.

En consecuencia, como el recurso de súplica contra el auto de 4 de agosto de 2015 se presentó dentro de la oportunidad legalmente establecida, pasa la Sala a pronunciarse sobre la procedencia del mismo.

3. De la decisión: la procedencia del recurso

El demandante recurre al auto de 4 de agosto de 2015 proferido por el Consejero Ponente del proceso de la referencia en la que se ordenó el sorteo de un conjuez en razón a "no se logró la aprobación del proyecto por la mayoría de los integrantes de la Sala" y "a efectos de conformar el quórum requerido".

Estima que comoquiera que la Sala Plena del Consejo de Estado eligió al doctor Carlos Enrique Moreno Rubio como Consejero de Estado para la Sección Quinta se debe revocar la citada providencia judicial puesto que con este estaría conformado el quórum requerido para la respectiva Sala de Decisión, además, que el artículo 115 del CPACA precisa que *“los nuevos Magistrados desplazan a los Conjueces”*.

Por su parte el apoderado judicial del demandado pide que el recurso sea rechazado por improcedente *“toda vez que se trata de una decisión de trámite y no de una que por su naturaleza sea apelable”*.

La Sala reitera que, como se indicó en el acápite 2 de esta parte considerativa, la súplica procede contra *“los autos que por su naturaleza serían apelables”*, dictados por el Consejero Ponente en el curso de una segunda o única instancia.

El artículo 243 del CPACA preceptúa:

“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. *El que rechace la demanda.*
2. *El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.*
3. *El que ponga fin al proceso.*
4. *El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.*
5. *El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.*
6. *El que decreta las nulidades procesales.*
7. *El que niega la intervención de terceros.*
8. *El que prescinda de la audiencia de pruebas.*
9. *El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.*

Comoquiera que el auto que ordena el sorteo de conjueces, proferido dentro del trámite de una demanda de nulidad electoral de única instancia, no se encuentra dentro del listado transcrito, la Sala rechazará por improcedente el presente recurso de súplica.

Ahora, y en gracia de discusión, es de precisar que si bien es cierto que el artículo 115 del CPACA establece que *“los nuevos Magistrados desplazan a los Conjueces”* y que la Sala Plena del Consejo de Estado eligió y confirmó al doctor Carlos Enrique Moreno Rubio como Consejero de Estado de la Sección Quinta de esta Corporación, también lo es que este no ha tomado posesión de tal Magistratura, por lo tanto, solo hasta que acontezca tal circunstancia es que se desplazarían los conjueces, según cada caso.

Además, que la decisión de sortear otro juez para el proceso fue precisamente porque *“no se logró la aprobación del proyecto por la mayoría de los integrantes de la Sala,”* como se indicó en la providencia recurrida, es decir, para dirimir un empate, hipótesis que se encuentra contemplada por el legislador en el artículo 115 del CPACA.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Primero. Rechazar por improcedente el recurso de súplica interpuesto por el señor Diego Felipe Urrea Vanegas contra el auto de 4 de agosto de 2015, con fundamento en los motivos expuestos.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno de conformidad con el artículo 246 del CPACA.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al Despacho del Consejero conductor para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

Bertha Lucía González Zúñiga

Conjuez

Ausente con excusa

Jaime Córdoba Triviño

Conjuez

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
- Nulidad procesal/NULIDAD PROCESAL -
Control de legalidad/NULIDAD PROCESAL -
Rechazo de plano por improcedente

Debido a que el medio de control de nulidad electoral es ágil y requiere celeridad, no es necesario para efectos de decidir las nulidades procesales emplear el trámite incidental, habida cuenta que contamos con normas expresas en materia de nulidades que no imponen la remisión a ese trámite y a que conforme con el artículo 296, referente a los aspectos no regulados, la remisión normativa está condicionada a que “sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”.

Por otra parte, ha de recordarse que este proceso ya cuenta con decisión que se adoptó en sentencia, así que cobra plena aplicación el artículo 207 del CPACA que consagra el llamado “control de legalidad” para agilizar el trámite de los procesos contencioso administrativos, consistente en que agotada cada etapa del proceso, el operador jurídico ejerce dicho control para sanear los vicios que acarrearán las nulidades y prevé frente a ello como consecuencia la imposibilidad de alegar hechos constitutivos de nulidad en etapas posteriores “salvo que se trate de hechos nuevos”. Así también, la nulidad electoral cuenta con disposiciones expresas como el rechazo de plano por improcedente (art. 294 CPACA), las peticiones impertinentes en las que se incluyen las nulidades improcedentes (art. 295 *ibidem*), que no imponen el trámite incidental, se reitera a fin de agilizar el desenvolvimiento del proceso dado su impacto en el interés general político democrático.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 207/Ley 1437 de 2011 - artículo 294/Ley 1437 de 2011 - artículo 296

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
- Límite de la postulación procesal para
los coadyuvantes/COADYUVANCIA EN
PROCESO ELECTORAL - Alcance/TERCERO
INTERVINIENTE - Solo puede realizar actos
procesales de apoyo a la parte que coadyuva

El coadyuvante por disposición legal, en forma independiente solo puede realizar los actos procesales permitidos a la parte a que ayuda en cuanto no estén en oposición con los de esta y siempre que no implique disposición del derecho en litigio.

La razón de ello se debe a su connotación como parte procesal, toda vez que su existencia dentro del proceso es permitida y validada en calidad de sujeto accesorio a uno principal –demandante o demandado–; así que la limitación en su actuar deviene de que no demanda en ejercicio propio ni frente a su derecho, sino en forma anexa o accesorio respecto de otro, lo cual restringe su margen de acción y le impide realizar actos procesales o formular postulaciones autónomas que dispongan del derecho o la situación en litigio.

El tema de la coadyuvancia ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Quinta, consideraciones que hace propias en esta providencia. Se hace referencia en forma concreta a la sentencia de 27 de marzo de 2014, en la que se indicó que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciables, por cuanto mientras las partes actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive señalado que su posición es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada, como actualmente se evidencia del contenido del artículo 228 del CPACA, para el tema específico de los procesos electorales, cuyo texto reza: “En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como impugnador o coadyuvante. Su intervención solo se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial”.

Disposición esta que en armonía con el artículo 223 *ibidem*, aplicable por el principio de remisión normativa previsto en el artículo 296 *ib.*, limita la actuación del coadyuvante en los siguientes términos: “(...) podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con las de esta” y en virtud del artículo 71 del C. G. P. –antes 52 del C. P. C.– siempre que esos actos procesales “no impliquen disposición del derecho en litigio” y además, “tomará el proceso en el estado en que se encuentre al momento de su intervención”.

En el caso concreto, el fallo de 3 de agosto de 2015, decidió anular el acto declaratorio de elección de la Representante a la Cámara doctora Ana María Rincón Herrera. Contra este fallo la parte demandada, quien es coadyuvada por ambos intervinientes, únicamente formuló solicitud de aclaración de la sentencia que se decide en auto aparte por ser competencia de la Sala, mas no de nulidad contra la misma.

En consecuencia, en una primera lectura, se advierte exceso en el límite de la postulación de los coadyuvantes, toda vez que la parte a la que coadyuvan –demandada– no hizo manifestación similar, consideración que relevaría al Despacho de continuar con el estudio.

Nota de Relatoría: Expediente 54001-23-31-000-2012-00001-03. Actor: Santiago Liñán Nariño. Demandado: Alcalde del Municipio de Cúcuta. C. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, cuyas consideraciones en su generalidad son aplicables a este caso. En este se invocan los siguientes antecedentes:

Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Ómar Cortés Quijano, C. P. Dra. María Elizabeth García González y de la Sección Quinta. M. P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 07001-23-31-000-2009-00034-01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del

departamento de Arauca y sentencia de 7 de marzo de 2011. Exp. N° 110010328000201000006-00. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

En época más reciente la figura procesal fue estudiada en auto de la Consejera Ponente de Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre dos mil catorce (2014). Exp. 11001-03-28-000-2014-00031-00. Actor: Eduardo Quiroga Lozano. Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Nulidad originada en la sentencia/NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA - Situaciones que pueden configurarla/NULIDAD PROCESAL - Solo puede proponerse antes de la sentencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo mantuvo en sus principios la necesaria celeridad y prontitud que caracteriza de tiempo atrás al medio de control (antes acción) de nulidad electoral y, ello permeó instituciones como el de la nulidad procesal. En efecto, el artículo 294 del ordenamiento en cita, norma específica y propia para la nulidad electoral, en su literalidad dispone: “Nulidades originadas en la sentencia. La nulidad procesal originada en la sentencia únicamente procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante, por omisión de la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de Magistrados al previsto por la ley. Mediante auto no susceptible de recurso, el juez o Magistrado Ponente rechazará de plano por improcedente la solicitud de nulidad contra la sentencia que se funde en causal distinta de las mencionadas”. De esa norma pretranscrita, se evidencian varias circunstancias procesales:

a) La perentoria y limitada relación de solo tres (3) causales de nulidad procesal sobre la sentencia, a saber: i) incompetencia funcional, ii) falta de quórum decisorio, iii) pretermisión de la etapa de alegaciones y iv) falta de notificación del auto admisorio al demandado o a su representante.

b) La formulación de supuestos fácticos por fuera de los estrictamente permitidos, o en otras palabras, por evento que se funde en causal distinta a las ya mencionadas, impone una decisión de rechazo de plano por improcedente.

c) La competencia para adoptar esa decisión es del ponente, bien se trata de juez o de Magistrado.

d) La decisión no es pasible de recursos. Descendiendo al caso que ocupa la atención del Despacho, se tiene que las alegaciones de ambos coadyuvantes, en su sustancialidad, no encajan en ninguna de las causales taxativas que puedan generar nulidad en la sentencia, pues mientras el señor Suárez Ortiz se abrogó legitimación de la cual carecía y redundó en un tema ya decidido, saneado y ejecutoriado, la señora Quesada Toledo optó por discutir la hermenéutica jurídica y

la valoración probatoria del análisis realizado por la Sección Quinta, contenidos ajenos a los supuestos fácticos de las causales de nulidad procesal y originadas en la sentencia.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 294

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00

Actor: Iván Medina Ninco

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Huila

Procede el Despacho a resolver la solicitud de nulidad procesal propuesta por los coadyuvantes de la demandada Cristian Camilo Suárez Ortiz y Mildred Samary Quesada Toledo contra la sentencia de 3 de agosto de 2015 dictada en el proceso de la referencia, mediante la cual se declaró la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara (2014-2018) Ana María Rincón Herrera.

ANTECEDENTES

Las solicitudes:

1.1. La señora Mildred Samary Quesada Toledo, en calidad de tercero interviniente que coadyuva a la parte demandada, pidió anular el fallo de tres (3) de agosto de la presente anualidad, con fundamento en:

*“...por considerarla violatoria del debido proceso judicial previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, según la cual **“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...).”***

El fundamento de la solicitud radica en que a juicio de la memorialista, tanto el municipio de Neiva como la Lotería del Huila y Aguas del Huila abrieron en el Banco Finandina, cuentas de ahorro, lo cual obligaba al fallador a estudiar la causal desde la intervención de la celebración de contrato, censura de nulidad electoral que no fue formulada.

Acusó a la Sala de fallar en forma contradictoria la gestión de negocios con la intervención en la celebración de contratos, en contravía de la posición de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, al estudiar el caso desde la gestión de

negocios frente a la cual finalmente se celebró contrato de cuenta de ahorros.

Y agregó: “*Si la empresa ‘Aguas del Huila’ celebró contrato con el Banco Finandina, porque, como está comprobado, abrió una cuenta de ahorros, independientemente de la gestión que pudo haber desplegado ANA MARÍA RINCÓN en su condición de Gerente, esta solo pudo haber sido analizada sí y solo sí, el cargo de INTERVENCIÓN EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO hubiera sido formulado, pues, es claro, que la norma contenida en el numeral 3º del artículo 179 Constitucional presenta dos eventos independientes y autónomos que no pueden confundirse en el momento de sentenciar, máxime cuando la Sala Plena del Consejo de Estado ya trazó la línea sobre la cual ha de entenderse la norma y señala el alcance de la misma en cada uno de los eventos”.*

Indicó un segundo motivo, que consideró generador de nulidad procesal de la sentencia, atinente a la violación del debido proceso, por cuanto el fallo se sustentó en prueba inexistente que permitiera dar por demostrada la gestión de negocios atribuida a la demandada, concretamente hizo referencia a la comunicación dirigida al Alcalde del municipio de Baraya de 24 de octubre de 2013 que aparece firmada por la doctora **Rincón Herrera**, pero no presenta constancia de haber sido recibida por el destinatario, al no existir certeza de su entrega, pues de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1369 de 2009 “*por el cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones*”, los objetos postales pertenecen al remitente hasta el momento en que sean entregados al destinatario y, en el caso concreto, no se tiene prueba del recibo de la comunicación por parte del municipio de Baraya, así que la comunicación en cita no pudo producir ningún efecto jurídico –así lo manifestó en sus alegatos– y, no obstante equivocadamente el fallo valoró dicho documento para dar por probada la intervención en la gestión de negocios.

Finalmente, aseveró que los supuestos fácticos de los casos que dieron lugar a la nulidad del acto declaratorio de elección no fueron formulados en la demanda electoral (fls. 822 a 825 cdno. ppal.).

1.2. El señor **CHRISTIAN CAMILO SUÁREZ ORTIZ**, en calidad de coadyuvante de la demandada, con base en el numeral 8º del artículo 133¹ del Código General del Proceso, invocó los

1 “Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código. Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

que consideró hechos constitutivos de nulidad procesal:

1.2.1. El primero, en tanto se omitió notificar personalmente el auto proferido en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 20 de octubre de 2014, referente a la negativa a la solicitud de archivo por abandono solicitada por la otra coadyuvante Mildred Samary Quesada Toledo.

La interviniente Mildred Quesada no asistió a la audiencia inicial y no pudo quedar legalmente notificada de la decisión, incurriéndose así en un defecto procedimental insanable que no permite que el proceso termine con sentencia sin antes haberse efectuado las notificaciones de rigor, ante la vulneración de normas procesales y de los derechos fundamentales.

1.2.2. El segundo, la notificación al Ministerio Público, se surtió dos veces (el 4 de julio y el 14 de agosto) y no obstante se negó el archivo del expediente, sin que la coadyuvante Mildred Quesada hubiera sido enterada (fls. 826 a 827 cdno. ppal.).

1.2.3. Posteriormente, el día 28 de agosto de 2015, presentó escrito, obrante de fls. 830 a 836 cdno. 2, en el que dijo complementar la solicitud de nulidad procesal con el argumento de que se violó el debido proceso por “*indebida conformación de la Sala para deliberar y decidir el caso sub examine y por falta de posesión de los conjucees designados por la Magistrada Ponente...*”.

Indicó que mediante auto de 23 de julio de 2015 se ordenó el sorteo de tres (3) conjucees; el jueves 30 de julio siguiente fueron designados Augusto Hernández Becerra, Esperanza Gómez de Miranda y Carlos Medellín Becerra y el 3 de agosto de 2015 se profirió formalmente la sentencia, es decir, mediando solamente un (1) día hábil entre la fecha en que se designaron los conjucees y aquella en que se dictó el fallo. E incluso ese mismo día, se aceptó el impedimento del Conjuez Dr. Carlos Medellín Becerra.

Del desenvolvimiento de esos hechos, el memorialista concluye la existencia de las que calificó “*evidentes irregularidades en la conformación de la Sala encargada de dirimir el conflicto planteado y proferir el fallo, pues habrá de observarse que solamente fue sorteado un conjuce, mientras que los otros dos (2) resultaron siendo designados directamente por el despacho, situación que obligaba a estos también a posestionarse como tales ante la Presidencia de la Sección, actuación que no ocurrió*”, conforme al artículo 116² del CPACA. Indicó que entre el momento de la designación de conjucees y el fallo de única instancia solo medió un (1) día, lo que impidió recusarlos, por cuanto fueron sorprendidos con la sentencia, lo cual afectó el debido proceso. Se apoyó jurisprudencialmente en sentencia de la Sección Cuarta. Exp. 2009-01032-00.

Agregó además que frente a eventuales casos de recusación o impedimento, se nombran conjucees para dirimir el litigio.

2 “Posesión y duración del cargo de Conjuce. Designado el conjuce, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones...”.

Pero indicó que eso no sucedió en este caso porque aseveró que el hecho de encontrarse acéfalos dos cargos de Magistrado en la Sección Quinta, no puede equipararse a las situaciones de recusación o impedimento, conforme al artículo 115 del CPACA “*menos aun cuando la misma Ponente es consciente que uno de los cargos ya había sido suplido por elección del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio que hiciera la Sala Plena...*”.

Aseveró que otra irregularidad se advierte del día que debió sesionar la Sala para dirimir el caso, por cuanto el artículo 25 del Reglamento del Consejo de Estado prevé que la Sección Quinta sesionará los días jueves y si el fallo es del lunes 3 de agosto, el expediente pasó al Despacho el viernes 31 de julio de 2015 “entonces no alcanzo a entender o por lo menos en los documentos que conozco del proceso no se puede determinar con exactitud cuándo fue que sesionó la sala de la Sección Quinta para abordar el estudio, discusión y aprobación del fallo dado a conocer y materia de análisis”, de conformidad con los artículos 25 a 27 del Reglamento en cita.

Concluyó: “*En resumen: El hecho de haberse acudido a la figura del conjuer sin que mediara impedimento o recusación contra el Juez Natural. Que quienes actuaron como conjueres DESIGNADOS no hayan sido legalmente posesionados. Que la premura en fallar el caso no haya permitido a los conjueres hacer un juicio de valor verdaderamente serio y responsable. Que no se haya permitido a las partes y a los terceros radicar los respectivos escritos de recusación contra los designados conjueres. Que la Sala haya sesionado en día diferente a la que ordena el Reglamento... constituyen razones suficientes para que se ordene la NULIDAD de la sentencia de agosto 3 de 2015 acusada y se ordene rehacer la actuación a partir del momento en que se alegó de conclusión*”.

I. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En virtud del artículo 294 del CPACA, contenido que existía incluso en el C. C. A. luego de la reforma que hiciera la Ley 1395 de 2010 (art. 107), varias de las decisiones que se adoptan en materia de nulidad procesal corresponden al ponente, bien se trata de juez unitario o de Magistrado en las corporaciones judiciales.

2.2 Cuestión previa

Debido a que el medio de control de nulidad electoral es ágil y requiere celeridad, no es necesario para efectos de decidir las nulidades procesales emplear el trámite incidental, habida cuenta que contamos con normas expresas en materia de nulidades que no imponen la remisión a ese trámite y a que conforme con el artículo 296, referente a los aspectos no regulados, la remisión normativa está condicionada a que “*sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral*”.

Por otra parte, ha de recordarse que este proceso ya cuenta con decisión que se adoptó en sentencia, así que cobra plena aplicación el artículo 207 del CPACA que consagra el llamado “control de legalidad” para agilizar el trámite de los procesos contenciosos administrativos, consistente en que agotada cada etapa del proceso, el operador jurídico ejerce dicho control para sanear los vicios que acarrearán las nulidades y prevé frente a ello como consecuencia la imposibilidad de alegar hechos constitutivos de nulidad en etapas posteriores “*salvo que se trate de hechos nuevos*”.

Así también, la nulidad electoral cuenta con disposiciones expresas como el rechazo de plano por improcedente (art. 294 CPACA), las peticiones impertinentes en las que se incluyen las nulidades improcedentes (art. 295 *ibidem*), que no imponen el trámite incidental, se reitera a fin de agilizar el desenvolvimiento del proceso dado su impacto en el interés general político democrático.

2.3 Asunto de fondo

Para asumir el estudio de ambas solicitudes de nulidad procesal, el Despacho encuentra que la postulación es de los terceros intervinientes, en calidad de coadyuvantes de la parte demandada, razón por la cual encuentra necesario reiterar la posición decantada por esta Sala frente al límite de intervención que tienen quienes deben su existencia procesal a la parte principal a la que adhieren.

2.3.1 Límite de la postulación procesal para los coadyuvantes

El coadyuvante por disposición legal, en forma independiente solo puede realizar los actos procesales permitidos a la parte a que ayuda en cuanto no estén en oposición con los de esta y siempre que no implique disposición del derecho en litigio.

La razón de ello se debe a su connotación como parte procesal, toda vez que su existencia dentro del proceso es permitida y validada en calidad de sujeto accesorio a uno principal –demandante o demandado–; así que la limitación en su actuar deviene de que no demanda en ejercicio propio ni frente a su derecho, sino en forma anexa o accesoria respecto de otro, lo cual restringe su margen de acción y le impide realizar actos procesales o formular postulaciones autónomas que dispongan del derecho o la situación en litigio.

El tema de la coadyuvancia ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Quinta, consideraciones que hace propias en esta providencia. Se hace referencia en forma concreta a la sentencia de 27 de marzo de 2014³, en la que

³ Expediente 54001-23-31-000-2012-00001-03. Actor: Santiago Liñán Nariño. Demandado: Alcalde del municipio de Cúcuta. C. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, cuyas consideraciones en su generalidad son aplicables a este caso. En este se invocan los siguientes antecedentes: Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Ómar Cortés Quijano, C. P. Dra. María Elizabeth García González y de la Sección Quinta. M. P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 07001-23-31-000-2009-00034-

se indicó que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciables, por cuanto mientras las partes actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive señalado que su posición es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada, como actualmente se evidencia del contenido del artículo 228 del CPACA, para el tema específico de los procesos electorales, cuyo texto reza: “*En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como impugnador o coadyuvante. Su intervención solo se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial*”.

Disposición esta que en armonía con el artículo 223 *ibidem*, aplicable por el principio de remisión normativa previsto en el artículo 296⁴ *ib.*, limita la actuación del coadyuvante en los siguientes términos: “*(...) podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con las de esta*” y en virtud del artículo 71 del C. G. P. —antes 52 del C. P. C.— siempre que esos actos procesales “*no impliquen disposición del derecho en litigio*” y además, “*tomará el proceso en el estado en que se encuentre al momento de su intervención*”.

En el caso concreto, el fallo de 3 de agosto de 2015, decidió anular el acto declaratorio de elección de la Representante a la Cámara doctora ANA MARÍA RINCÓN HERRERA.

Contra este fallo la parte demandada, quien es coadyuvada por ambos intervinientes, únicamente formuló solicitud de aclaración de la sentencia que se decide en auto aparte por ser competencia de la Sala, mas no de nulidad contra la misma.

En consecuencia, en una primera lectura, se advierte exceso en el límite de la postulación de los coadyuvantes, toda vez que la parte a la que coadyuvan —demandada— no hizo manifestación similar, consideración que relevaría al Despacho de continuar con el estudio.

No obstante, en aras de garantizar la claridad y transparencia con que el proceso ha sido tramitado y sentenciado, continuará con el análisis subsiguiente:

2.3.2 La defensa del coadyuvante (Christian Camilo Suárez Ortiz) a favor del otro (Mildred Samary Quesada Toledo).

El Despacho observa que el señor Christian Camilo Suárez Ortiz (tercero interviniente), aboga por la notificación personal

que considera no fue surtida respecto de la otra coadyuvante Mildred Samary Quesada Toledo y sobre la cual fundamenta la solicitud de nulidad procesal, debido a que la decisión de negar la solicitud de archivo del proceso, a su juicio, no fue notificada.

Lo primero que se advierte es que el coadyuvante Suárez Ortiz no es el llamado a alegar las supuestas irregularidades que, a su juicio, afectaron a la otra interviniente. Ha de recordarse que el Código General del Proceso, en su artículo 135⁵, indica que “*La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada*” y ambos coadyuvantes entre sí son autónomos y sujetos procesales individualmente considerados. En consecuencia, el señor Suárez Ortiz carece de legitimación para postular la supuesta irregularidad en el trámite que padeció la señora Quesada Toledo, por cuanto ella no la alegó.

Es más, ni siquiera es viable su alegación por la coadyuvante legitimada, ya que por disposición del mismo artículo 135 *ibidem*, no es posible que se alegue el hecho “*quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla*” y, lo cierto es que la señora Quesada Toledo incluso está solicitando la nulidad de la sentencia, pero con fundamento en otras razones.

Finalmente, desde el punto de vista fáctico tampoco encuentra prosperidad el argumento, toda vez que la providencia que debe notificarse es el auto admisorio de la demanda, que para efectos de los terceros, lo fue al materializar la disposición prevista en el numeral 5º del artículo 277⁶ del CPACA, actuación que una vez surtida permitió precisamente la concurrencia al proceso de los terceros intervinientes en calidad de coadyuvantes.

Es de aclarar que el artículo en cita no contiene disposición expresa de notificación personal o de otra índole para los terceros intervinientes y menos tratándose de intervenciones facultativas y no litisconsorciales necesarias. Además, la causal de nulidad prevista en el artículo 133 numeral 8º, sustento normativo de la solicitud de nulidad procesal, hace referencia al auto admisorio de la demanda y no a ninguna otra providencia, que se reitera fue informada a las personas indeterminadas mediante la comunicación en prensa (fls. 224 y 254 cdno. ppal.) y la publicación en la página web del Consejo de Estado (fl. 199 cdno. ppal.), que se reitera permitió la concurrencia de las coadyuvancias.

Finalmente, en forma expresa el Despacho indicó en la audiencia inicial que “*la inasistencia de las partes no impide*

01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del departamento de Arauca y sentencia de 7 de marzo de 2011. Exp. N° 110010328000201000006-00. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón.

En época más reciente la figura procesal fue estudiada en auto de la Consejera Ponente de Bogotá D. C., tres (3) de diciembre dos mil catorce (2014). Exp. 11001-03-28-000-2014-00031-00. Actor: Eduardo Quiroga Lozano. Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

4 “Aspectos no regulados. En lo no regulado en este título —se refiere al Título VIII sobre ‘Disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral’— se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto no sean incompatibles con la naturaleza del proceso electoral”.

5 Mantiene la redacción similar al artículo 143 del C. P. C.

6 “Contenido del auto admisorio de la demanda y las formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá: (...) 5. Que se informe a la comunidad la existencia del proceso a través del sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o, en su defecto, a través de otros medios eficaces de comunicación, tales como radio o televisión institucional, teniendo en cuenta el alcance o ámbito de aplicación del acto de elección demandado”.

la realización de la audiencia, según lo dispone el numeral 2º del artículo 180 del CPACA” (véase fl. 318 audiencia inicial), así que la decisión de la negativa de la declaratoria de abandono dictada en la precitada audiencia, se realizó conforme al fundamento normativo que la rige, no siendo viable invocarla ahora como hecho constitutivo de nulidad procesal.

En este punto la solicitud no prospera.

2.3.3. De la “doble” notificación al Ministerio Público

Respecto del segundo argumento propuesto por el coadyuvante Cristian Suárez Ortiz, relacionado con la supuesta doble notificación al Ministerio Público, el Despacho le recuerda al memorialista que este asunto se explicó con suficiente ilustración durante la audiencia inicial, el Despacho expuso las razones por las cuales no existió doble notificación y, por ende consecuentemente, no se accedía a la declaratoria de abandono del proceso sustentada en ese argumento y que ahora vuelve a invocar y en el que sustenta la nulidad procesal.

Ha de recordarse que esa decisión quedó ejecutoriada y, por ende, se exhorta al interviniente para que conforme a los deberes procesales de las partes, observe el contenido del artículo 207 que consagra la figura del control de legalidad y las llamadas etapas “estancos” o que fenecen cada tiempo, al prever: “Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes”, y dado que no es un hecho nuevo debe armonizarse con el artículo 284, específico para la nulidad electoral, que dispone: “Las nulidades de carácter procesal se regirán por lo dispuesto en el artículo 207 de este Código. La formulación extemporánea de nulidades se rechazará de plano y se tendrá como conducta dilatoria del proceso. Contra este auto que rechaza de plano una nulidad procesal no habrá recursos”.

Finalmente, sobre el tema de la nulidad procesal de la sentencia, el Despacho hará las siguientes consideraciones:

2.3.4. La nulidad procesal de la sentencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo mantuvo en sus principios la necesaria celeridad y prontitud que caracteriza de tiempo atrás al medio de control (antes acción) de nulidad electoral y, ello permeó instituciones como el de la nulidad procesal.

En efecto, el artículo 294 del ordenamiento en cita, norma específica y propia para la nulidad electoral, en su literalidad dispone:

“Nulidades originadas en la sentencia. La nulidad procesal originada en la sentencia únicamente procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al

demandado o a su representante, por omisión de la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de Magistrados al previsto por la ley.

Mediante auto no susceptible de recurso, el juez o Magistrado Ponente rechazará de plano por improcedente la solicitud de nulidad contra la sentencia que se funde en causal distinta de las mencionadas”.

De esa norma pretranscrita, se evidencian varias circunstancias procesales:

- a) La perentoria y limitada relación de solo tres (3) causales de nulidad procesal sobre la sentencia, a saber: i) incompetencia funcional, ii) falta de quórum decisorio, iii) pretermisión de la etapa de alegaciones y iv) falta de notificación del auto admisorio al demandado o a su representante.
- b) La formulación de supuestos fácticos por fuera de los estrictamente permitidos, o en otras palabras, por evento que se funde en causal distinta a las ya mencionadas, impone una decisión de rechazo de plano por improcedente.
- c) La competencia para adoptar esa decisión es del ponente, bien se trata de juez o de Magistrado.
- d) La decisión no es pasible de recursos.

Descendiendo al caso que ocupa la atención del Despacho, se tiene que las alegaciones de ambos coadyuvantes, en su sustancialidad, no encajan en ninguna de las causales taxativas que puedan generar nulidad en la sentencia, pues mientras el señor Suárez Ortiz se abrogó legitimación de la cual carecía y redundó en un tema ya decidido, saneado y ejecutoriado, la señora Quesada Toledo optó por discutir la hermenéutica jurídica y la valoración probatoria del análisis realizado por la Sección Quinta, contenidos ajenos a los supuestos fácticos de las causales de nulidad procesal y originadas en la sentencia.

Es más, la invocación constitucional o supralegal en la que pretende soportar su solicitud de nulidad de la sentencia la coadyuvante Quesada Toledo, esto es, el artículo 29 constitucional, al alegar la supuesta violación de la norma superior a partir del alcance que la Sala diera a la conducta constitutiva de inhabilidad y a la valoración probatoria, lo que denota es inconformidad sobre los aspectos sustanciales y de fondo del entendimiento e interpretación del operador jurídico, pero en momento alguno son reflejo de irregularidad procesal que conlleve la nulidad de la sentencia, conforme a las normas que consagran la nulidad procesal.

Tampoco es cierto, como lo afirma, la interviniente Quesada Toledo, que se decidiera con base en censuras no formuladas

en la demanda, pues ha de recordarse que se trató de la inhabilidad por la intervención en gestión de negocios, que constituye realmente la censura base de la demanda de nulidad electoral (art. 275-5⁷ CPACA) y que marca el desarrollo y los límites de la *causa petendi*, ahora bien que al momento de recaudar las pruebas tendientes a comprobar la inhabilidad se demostraran más negociaciones con entidades públicas, no constituye ni cargo nuevo ni censura de nulidad electoral *extra petita* o que no fuera formulada, porque ya no se está en el campo de la postulación de la censura de nulidad por inhabilidad, sino del soporte probatorio, que nutre la convicción fáctica del juez para decidir sobre el límite de la causal rogada, distinto sería que encontrándose otra prueba se advierta la incursión en otra causal de nulidad electoral –no en hecho probado que enriquece a la causal formulada– que no hubiere sido alegada por la parte interesada, porque ello sí afecta la rogación o postulación de parte, en tanto recae sobre la sustancialidad de la “tipicidad” –entendida en sentido amplio– del motivo de anulación electoral.

Huelga aclarar que para el Despacho, no es viable confundir las causales de nulidad procesal –ni siquiera cuando el propósito sea anular la sentencia– con los fundamentos propios de la postulación de oposición que se ejerce mediante los medios de impugnación, bien sea a través de recursos o bien de medios de control, previstos en la ley, en tanto la materia sobre la cual recaen tienen presupuestos, alcances y objetivos diferentes.

Las anteriores razones sustentan la necesaria decisión de rechazo de plano por improcedentes de las solicitudes de nulidad propuestas por los terceros intervinientes.

Finalmente, pero no menos importante son los argumentos traídos hace pocos días al proceso por parte del tercero Cristian Camilo Suárez Ortiz, mediante escrito de 29 de agosto de 2015 (fls. 830 a 837 cdno. 3) y que sintetizó así:

- i) Haberse acudido a la figura del conjuce sin que mediara impedimento o recusación contra el Juez Natural.
- ii) Quienes actuaron como conjucees *designados* no hayan sido legalmente posesionados.
- iii) Que la premura en fallar el caso no haya permitido a los Conjucees hacer un juicio de valor verdaderamente serio y responsable.
- iv) Que no se haya permitido a las partes y a los terceros radicar los respectivos escritos de recusación contra los designados conjucees.

7 “Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...) 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad”, que para el caso concreto se conexas al art. 179 num. 3º de la Constitución Política: “No podrán ser congresistas: (...) 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”.

- Que la Sala haya sesionado en día diferente a la que ordena el Reglamento.

Siguiendo con lo ya expuesto, los literales iii) e iv) son argumentos que no encuadran en las causales generadoras de nulidad en la sentencia y bastaría para el Despacho con rechazarlas de plano por improcedentes, pero en aras de hacer claridad, dirá lo siguiente:

Que la premura en fallar el caso no haya permitido a los conjucees hacer un juicio de valor verdaderamente serio y responsable.

Se observa que el memorialista apela a la elucubración para endilgar una falta de estudio, pero huelga aclarar que la regulación aplicable a los procesos contencioso administrativos, prevé en el artículo 182 numeral 3º, aplicable por remisión expresa que hace el artículo 286 del CPACA, que la sentencia se proferirá por escrito **dentro** de los treinta (30) días siguientes a la audiencia inmediatamente anterior, dependiendo de si hubo que decretar y practicar pruebas o de si el tema en discusión era exclusivamente en derecho y no se requerían pruebas. Esto armonizado en que constitucionalmente se impuso que el proceso de nulidad electoral debía sentenciarse en seis meses en los casos de única instancia y en un año en los casos de doble instancia (parágrafo art. 264 C. P.), emergiendo así como uno de los medios de control más expeditos dentro de la jurisdicción, superado únicamente por los medios de control constitucionales.

Ha de tenerse en cuenta que en el caso concreto, el Despacho fue perentorio en indicar en la audiencia inicial, lo siguiente: “La Consejera Ponente ordenó a la **Secretaría** que, una vez practicado en audiencia correspondiente el testimonio ordenado, **pase el expediente al Despacho para fijar fecha de alegaciones y juzgamiento o para dictar auto, en aplicación del inciso 5º del artículo 181 del CPACA, con el que se ordenará a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, y se correrá traslado al Ministerio Público, para que si a bien lo tiene, rinda el concepto correspondiente**” (fl. 497 cdno. 2). Y fue esto último lo que aconteció, conforme se advierte del auto de 20 de abril de 2015, en el que se corrió traslado para alegaciones finales de las partes y para el concepto de fondo del Ministerio Público (fl. 584 cdno. 3), sin que los sujetos procesales hayan manifestado inconformidad.

Así las cosas, la decisión se adoptó dentro de los 30 días previstos en la norma para proferir sentencia.

Sin perjuicio de la explicación anterior, se recaba en que al no ser argumento propio de la nulidad generada en la sentencia, el Despacho procede a rechazar la solicitud de plano por improcedente, como quedará en la parte resolutive.

iv) Que no se haya permitido a las partes y a los terceros radicar los respectivos escritos de recusación contra los designados conjucees.

Aunque tampoco es argumento sostenible para la nulidad de la sentencia, porque la pretermisión que se prevé en la norma es la de etapa de pruebas o de alegaciones, huelga aclarar al solicitante que el sorteo de conjuces se realiza en audiencia pública, a la cual como su nombre lo indica puede concurrir cualquiera persona y claro está las partes y los demás sujetos procesales, esa es la razón por la cual en el caso concreto, se les comunicó el día en que se efectuaría la audiencia respectiva y, concretamente al señor interviniente se le remitió la notificación 2553 de 24 de julio de 2015, obrante a folio 723, sin que se advierte que hubiera hecho presencia el día 30 de julio siguiente.

A partir de ese momento, era del conocimiento de toda la comunidad procesal, quiénes fungían como conjuces del caso y, en atención a que conforme al artículo 116 del CPACA, realizado el sorteo y comunicado a quienes favoreció el azar, el conjuce puede asumir su actividad, es innegable que las partes, los sujetos procesales y la comunidad en general sí tuvieron el tiempo para presentar las recusaciones respectivas que a bien tuvieron, sin que se observe que el interviniente hubiere desplegado actividad procesal alguna.

Por otra parte, la Conjuce Esperanza Gómez de Miranda ya había fungido como conjuce en otras decisiones de este mismo proceso sin que hubiera habido manifestación de recusación o impedimento y ha de recordarse que el Conjuce Carlos Medellín Becerra fue separado del conocimiento del proceso por haber concurrido en él causal de impedimento que fue aceptada mediante auto de 3 de agosto de 2015.

No obstante, dada la ajenidad del argumento a los eventos de nulidad, se rechazará de plano por improcedente.

Resta analizar los demás argumentos planteados por el interviniente Suárez Ortiz, que como se indicó anteladamente podrían tener injerencia en el quórum decisorio, estos son: i) Haberse acudido a la figura del conjuce sin que mediara impedimento o recusación contra el Juez Natural; ii) Quienes actuaron como conjuces designados no fueron legalmente posesionados y v) Que la Sala haya sesionado en día diferente a la que ordena el Reglamento, que el Despacho encuentra que conforme al planteamiento del memorialista, en su trasfondo implicaría la supuesta adopción de la decisión con vicio en el número de Magistrados que profirieron el fallo, razón por la cual el estudio es el siguiente:

i) Haberse acudido a la figura del conjuce sin que mediara impedimento o recusación contra el Juez Natural:

El Despacho considera que el memorialista no tiene en cuenta que son tres las actividades que los conjuces pueden ejercer, conforme a los artículos 61 de la Ley 270 de 1996 y arts.

115⁸ y 116⁹ CPACA, tienen un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; b) desempatar las decisiones jurisdiccionales y c) completar el quórum decisorio.

Obsérvese que el auto de 23 de julio de 2015 se indicó expresamente y, acorde con las normas precitadas, lo siguiente: *“Así las cosas, en vista de que en la actualidad la Sección Quinta del Consejo de Estado no cuenta con el número de Magistrados suficiente para obtener la mayoría requerida para la aprobación del proyecto de fallo dentro del proceso de la referencia, a fin de recomponer la respectiva Sala de Decisión y de que se profiera una decisión oportuna, en los términos del artículo 115 del CPACA, se ordena el sorteo de tres conjuces,... Finalmente, como el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio fue elegido ayer veintidós (22) de julio de los corrientes como Consejero de Estado en titularidad para reemplazar a la doctora Susana Buitrago Valencia, pero que aún no asume por faltar la confirmación y la posesión respectivas, se hace saber a los interesados y partes, que al momento en que entre a fungir como Consejero desplazará a alguno de los tres conjuces, lo cual se determinará por sorteo”* (subrayas fuera de texto fl. 216 a 216 vto).

Claramente se advierte que la motivación del nombramiento de conjuces tuvo tres pilares fundamentales, a saber: i) la Sala carece de quórum necesario; ii) recomposición de la Sala de Decisión e iii) proferir decisión oportuna dentro de los términos legales y constitucionales. Siendo claro que la recomposición de la Sala de decisión está íntimamente relacionada con el quórum decisorio, supuestos fácticos que encuadran en los

8 Artículo 115 del CPACA. “Conjuces. Los conjuces suplirán las faltas de los Magistrados por impedimentos o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoría, cuando esta no se hubiere logrado.

Serán designados conjuces, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjuces tienen los mismos deberes y atribuciones que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos.

La elección y el sorteo de los conjuces se harán por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el caso. (...).”

9 Artículo 116 del CPACA. “Posesión y duración del cargo de Conjuce. Designado el conjuce, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones.

Cuando los Magistrados sean designados conjuces solo se requerirá la comunicación para que asuman su función de integrar la respectiva sala.

Los conjuces que entren a conocer de un asunto deberán actuar hasta que termine completamente la instancia o recurso, aunque concluya el período para el cual fueron elegidos, pero si se modifica la integración de la sala, los nuevos Magistrados desplazarán a los conjuces, siempre que respecto de aquellos que no se les predique causal de impedimento o recusación que dé lugar al nombramiento de estos”.

referidos artículos que consagran las actividades permitidas a los conjuces y que se armonizó con el contenido constitucional y legal de la perentoriedad en los términos procesales en que debe desarrollarse y decidirse el medio de control de la nulidad electoral (parágrafo art. 264 C. P.).

Por contera, carece de sentido la aseveración del memorialista en la que sustenta la solicitud de nulidad de la sentencia, porque deviene del entendimiento parcial de la regulación correspondiente, pues se reitera que las actividades de conjuces pueden darse para desempatar la decisión o completar el quórum decisorio como acontece en este último evento, dada la ausencia de dos (2) de los cuatro (4) integrantes de la Sala, en razón al hecho notorio del cumplimiento del período constitucional de los ocho (8) años.

Ante la claridad de las normas sobre las dos actividades que el memorialista desconoce, no hay lugar entonces a declarar la nulidad de la sentencia derivada de la supuesta indebida designación de los conjuces.

ii) Quienes actuaron como conjuces **DESIGNADOS no fueron legalmente posesionados.**

En este punto, el memorialista no tiene en cuenta el artículo 116 del CPACA, que dispone que designado el conjuces deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y **cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones.**

Pues bien, nada diferente aconteció en este caso, toda vez que los conjuces son elegidos cada año por la Sala de Sección y una vez ellos aceptan la designación son posesionados en la lista general de conjuces, quedando únicamente, en caso de ser necesario y conforme a los tres eventos antes relacionados, proceder al sorteo respectivo, bastando simplemente la comunicación para la correspondiente asunción de actividades.

Cronológicamente, el 21 de mayo de 2014 mediante auto y para poder recomponer la Sala debido a la afectación del quórum decisorio y a fin de resolver el impedimento manifestado por el Consejero Alberto Yepes Barreiro, ordenó el sorteo de dos conjuces (fls. 151 a 152 cdno. 1), como en efecto se realizó, conforme consta en acta de sorteo de conjuces de 29 de mayo de 2014, favoreciendo el sorteo a los doctores Edgardo José Maya Villazón y Susana Montes de Echeverri (fl. 157 ib.), a quienes se les comunicó mediante oficios 2014-290 y 2014-291 (fls. 158 a 160 ib.), quienes hicieron parte y suscribieron el auto de 12 de junio de 2014, mediante el cual se aceptó el impedimento del Consejero Yepes Barreiro (fls. 162 a 165 ib.).

Posteriormente, ante la necesidad de decidir el recurso de súplica contra el auto que denegó el decreto de unas pruebas, la doctora Susana Buitrago Valencia –Consejera a quien por orden alfabético le correspondía presentar la ponencia respectiva–, por providencia de 27 de octubre de 2014 (fls. 351 a 352 cdno. 1), observó que para decidir el mentado recurso y en atención a que los conjuces antes citados habían

renunciado a la designación y a que el Consejero titular Alberto Yepes fue relevado por impedimento del conocimiento del proceso, ordenó sortear un conjuces para recomponer el quórum decisorio, correspondiendo la suerte del sorteo de 7 de noviembre de 2015 a la doctora Esperanza Gómez de Miranda (fl. 412 ib.), a quien se le comunicó a través de oficio 2014-863 de ese mismo día (fls. 413 y 414 cdno. 1), quien junto a la Consejera Buitrago Valencia profririeron el auto de 27 de noviembre de 2014 (fls. 416 a 424).

Finalmente, estando el proceso para considerar proyecto de fallo, el Despacho, mediante al auto antes mencionado de 23 de julio de 2015 advierte que la Dra. Susana Buitrago debido al cumplimiento del período constitucional ya no funge como Consejera de Estado y que se mantiene el impedimento del otro Consejero doctor Alberto Yepes Barreiro, se hacía necesaria la recomposición del quórum decisorio, como en efecto se solucionó con el sorteo de 30 de julio de 2015, que favoreció a los Dres. Esperanza Gómez de Miranda, Augusto Hernández Becerra y Carlos Medellín Becerra, a quienes se les comunicó mediante oficios No. 2015-568, 2015-569 y 2015-570 de la misma fecha (fls. 726 y 727 a 729 cdno. 3). Al Dr. Medellín Becerra se le aceptó el impedimento en auto de 3 de agosto de 2015 (fls. 732 a 734 cdno. 3), sin que su ausencia alterara el quórum decisorio integrado por un Consejero titular y dos conjuces, no siendo necesario un nuevo sorteo.

En consecuencia, la afirmación del interviniente, no es acorde con la realidad, por cuanto una vez los conjuces son seleccionados se posesionan ante el Presidente de la Sección y conforman la lista general de conjuces que designa la Sección Quinta para todos los negocios en los que se requiera de ellos y, conforme a la norma contenida en el artículo 116 del CPACA, la Sección Quinta en caso de requerirlo para un proceso en específico de esa lista sortea a uno o a varios, según le necesidad, para el proceso específico y comunica al sorteado, presupuestos que permiten a los conjuces asumir sus actividades respectivas, como aconteció en este caso concreto.

La solicitud de nulidad originada en la sentencia basada en el argumento precedente no prospera.

v) Que la Sala haya sesionado en día diferente a la que ordena el Reglamento

Para el Despacho, este argumento no es de recibo, pues si bien es cierto por regla general se dispone que las Secciones sesionará los días jueves de cada semana, conforme las voces del artículo 25 del Acuerdo 58 de 1999 (actual Reglamento Interno del Consejo de Estado), también lo es que al final se dispone "*Sin embargo, el respectivo Presidente podrá variar el día y la hora cuando las circunstancias así lo ameriten*" y el artículo 26 siguiente, dispone: "*La convocatoria a las sesiones de las Salas, Secciones y Subsecciones se hará previa y públicamente por escrito en que se mencionarán lugar, día, hora y orden del día. En caso de urgencia la citación podrá ser verbal, de lo que se dejará testimonio en el acta*".

En el caso concreto, la citación a Sala de Sección que es de público conocimiento, se puede consultar en la página web del Consejo de Estado, en la que la Sala a celebrarse el jueves 30 de julio de 2015, fue aplazada para el lunes 3 de agosto de los corrientes, como se observa en el aviso de Sala No. 2015-39, que puede consultarse en:

http://www.consejodeestado.gov.co/ordendeldia.php?id_sección=5

Así que el solicitante pretende acusar una irregularidad donde en realidad no existió y que es de conocimiento público para toda la comunidad jurídica.

En consecuencia, se niega la nulidad solicitada por el interviniente Christian Camilo Suárez Ortiz, con base en los tres argumentos precitados.

Resta aclarar que esta decisión es solo pasible de reposición, en tanto conforme al artículo 243 numeral 6, la apelación y, por ende, la súplica (art. 246), solo el auto que decreta la nulidad es pasible de estos recursos.

Por lo expuesto se,

IV. RESUELVE:

Primero. Recházase de plano por improcedentes las solicitudes de nulidad propuestas por los terceros

intervenientes, coadyuvantes de demandada ANA MARÍA RINCÓN HERRERA, señores CHRISTIAN CAMILO SUÁREZ ORTIZ y MILDRED SAMARY QUESADA TOLEDO, contra la sentencia proferida por la Sección Quinta de esta Corporación el 3 de agosto de 2015.

Segundo. Contra la presente decisión, de conformidad con los artículos 284 y 294 del CPACA no procede recurso.

Tercero. Se exhorta a los coadyuvantes para que observen los artículos 207 y 284 del CPACA.

Cuarto. Niégase la solicitud de nulidad del tercero interviniente Christian Camilo Suárez Ortiz basada en i) haberse acudido a la figura del Conjuce sin que mediara impedimento o recusación contra el Juez Natural; ii) quienes actuaron como conjucees DESIGNADOS no hayan sido legalmente posesionados y v) la Sala haya sesionado en día diferente a la que ordena el Reglamento

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que negó suspensión provisional/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No se advierte la extralimitación de funciones alegada

El censor en el trasfondo de su alegación limita la apelación al tema de la vinculación al lugar donde desarrolla las actividades la oficina Regional del SENA, concretamente al departamento del Valle del Cauca y que a su juicio debe estar afecto al factor "experiencia" y lo atribuye al hecho de que la ley encomienda a ese servidor el desarrollo de políticas regionales dentro del SENA y, por ende, se requiere y exige de un funcionario con amplio conocimiento de la región, lo que según palabras del solicitante, solo se logra mediante la experiencia laboral adquirida en forma estrecha con la región, requisito que no fue acreditado por el nombrado.

La Sala considera que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca al haber negado la medida cautelar y así lo ha de confirmar, por las siguientes razones: a) Desde el punto de vista del cotejo de las normas y de su literalidad, en este estadio del proceso, no es evidente que la experiencia esté conexas al factor geográfico de la regionalidad de la oficina del SENA (Valle del Cauca), porque el artículo 21 de la Ley 119 de 1994 no lo prevé en relación directa con la trayectoria laboral.

Así las cosas, solo al momento de fallar y luego de analizarse los propósitos y teleología de las normas y del Manual de Funciones podrá determinarse el alcance e interpretación de este frente a la norma superior y si en realidad, como lo pretende el actor, este factor solo tiene relación directa y exclusiva con el factor experiencia.

Tampoco encuentra la Sala la supuesta violación al artículo 6º de la Constitución Política ni advierte la extralimitación de funciones alegada como censura, precisamente porque el fundamento de la medida cautelar lo atribuye el memorialista a la Ley 119 de 1994 en el artículo precitado y al Manual de Funciones.

Las anteriores son las razones para no dar prosperidad al argumento de la medida cautelar desde la censura de violación normativa. Pero no solo la negativa se sustenta en el análisis a la violación de las normas superiores, por cuanto la Sala observa que la improsperidad de la medida cautelar abarca incluso a los medios de probanza: b) Así pues, desde el punto de vista de las pruebas adjuntadas con la solicitud, a priori, la Sala encuentra que el nombrado, conforme al Formato Único de Hoja de Vida que remitió el SENA, obrante a folios 15 a 35 del cdno. anexo, informó sobre los estudios que desarrolló en el Valle del Cauca, a saber: Especialización en Estructuras y Magíster en Ingeniería Civil en la Universidad del Valle; Especialización en Gerencia Ambiental y Desarrollo Empresarial en la Universidad Santiago de Cali y Magíster en Economía de la Universidad Pontificia Javeriana sede Cali y en el rubro de experiencia laboral se lee que ejerció como docente en la modalidad de tiempo completo y de hora cátedra en la Universidad del Valle (fls. 26 y 27 cdno. anexo) y, dado que aún es temprano para determinar

que la vinculación al departamento del Valle del Cauca no pueda predicarse de otras actividades ejercidas en la región, precisamente porque *prima facie* su literalidad no es indicativa de ello, no hay lugar a decretar la suspensión provisional, como bien lo decidió el Tribunal *a quo*.

Son todos ellos los aspectos modales y circunstanciales que deberán ser analizados en la sentencia a fin de determinar su alcance frente a la legalidad del nombramiento del demandado.

En consecuencia, el sustento del recurso de apelación contra la negativa de suspender los efectos del acto de nombramiento, no logra afectar la presunción de legalidad del acto administrativo conforme a la normativa invocada como violada por el solicitante ni a partir de las pruebas obrantes en el proceso, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-01845-01

Actor: Rodrigo Arcila Parra y otra

Demandado: Director Regional del Sena en el Valle del Cauca

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 25 de septiembre de 2015, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, entre otras decisiones, negó la medida de suspensión provisional.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Los señores Rodrigo Arcila Parra y Aleyda Murillo Granados, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda de nulidad electoral el 15 de septiembre de 2015¹, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de anular el acto de nombramiento del señor **CÉSAR ALVEIRO TRUJILLO SOLARTE**, en el cargo de Director Regional del Sena en el Valle del Cauca.

2. La solicitud de medida cautelar

El solicitante reenvió el concepto de violación de la demanda, en la que en síntesis indicó que se basa en que el acto demandado violó el artículo 21 de la Ley 119 de 1994 y la Resolución No. 00986 de 2007, modificada por la Resolución No. 02191 de 2011 que contiene el manual de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales de los empleados públicos del

1 Folio 1 cdno. ppal.

SENA, por cuanto como requisitos para ser Director Regional se requieren tres (3) años de experiencia en cargos del nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y que esa experiencia debe estar vinculada con la región o departamento de la Regional respectiva, requisitos que no fueron cumplidos por el nombrado CÉSAR ALVEIRO TRUJILLO SOLARTE.

El solicitante aseveró que no es cualquier vinculación con la región sino la relacionada con el ejercicio de cargos del nivel directivo y gerencial “*por lo que no es (sic) admisible otros niveles de experiencia y menos vínculos personales, familiares, de formación profesional personal, sentimentales, etc.*” (fl. 53 cdno. ppal.), razón por la cual el acto está falsamente motivado, en tanto la terna que para el efecto del nombramiento debía enviar el Director del SENA al Gobernador del Valle del Cauca tenía que cumplir con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad, pero se envió con un integrante que no cumplía los presupuestos del cargo, quien resultó designado, en contravía del artículo 1º del Decreto 1972 de 2002 que contiene la regulación sobre la composición de la terna. Además, el nombrado tampoco acreditó el requisito de experiencia previsto en el artículo 1º del Decreto 4567 de 2011, así que el acto fue expedido con extralimitación de funciones y con vulneración al artículo 6º de la Constitución Política.

3. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante auto de 25 de septiembre de 2015, además de admitir la demanda y determinar las órdenes consecuenciales a la admisión², **negó la solicitud de suspensión provisional** de los efectos del acto de nombramiento contenido en la Resolución 1490 de 3 de agosto de 2015 expedido por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

Negó la solicitud de suspensión provisional con base en las siguientes consideraciones:

3.1. Respecto de los requisitos para el cargo de Director Regional, previstos en el artículo 21 de la Ley 119 de 1994, se leen: i) poseer título profesional universitario; ii) experiencia mínima de tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y iii) estar vinculado a la región.

La Resolución No. 00986 de 25 de mayo de 2007 modificada por

² A título de mención, se observa que el Tribunal ordenó notificar al nombrado, al Representante Legal del SENA, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa. El Consejo de Estado considera importante que se analice la posible vinculación del señor Gobernador del departamento, en tanto según se desprende de una de las censuras, concretamente, de la violación del artículo 1º del Decreto No. 1972 de 2002, es obligación del director del SENA enviar al Gobernador una terna integrada por personas que cumplan con los requisitos de ley y del Reglamento para ocupar el cargo.

la Resolución No. 02191 de 25 de noviembre de 2011 (Manual Específico de Funciones, Requisitos mínimos y competencias laborales de los empleados públicos del SENA), dispone que los Directores Regionales del Sena, grados 04, 05, 07 y 08, deben acreditar como mínimo en el ítem de estudios: título profesional y tarjeta profesional y, en el ítem de experiencia: tres (3) años en cargos directivos del nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y como ítem adicional: estar vinculado a la región.

Consideró el Tribunal *a quo*, de acuerdo al tenor literal de esa norma y a la forma en que está redactada, dividida entre palabras por signos de coma (,) y finalizando con la letra “y”, es claro que cada requisito es independiente y autónomo; en otras palabras, que no dependen entre sí para que la persona pueda postularse al nombramiento, pues deben acreditarse individualmente. Tal disertación la apuntala indicando que incluso en el manual de funciones, el último requisito, el de la vinculación a la región está separado por punto y aparte (.).

Así las cosas, no encontró aceptable el argumento de la parte actora de que el requisito de experiencia deba ser adquirido en el lugar sede de la regional respectiva, por cuanto así no lo dispone la norma en comento y, por ende, concluyó que no era posible valorar la hoja de vida de la persona nombrada a fin de verificar un requisito que no ha establecido la ley, cayendo por su base, las censuras de falsa motivación, extralimitación de funciones y violación de normas superiores.

4. El recurso de apelación

El demandante interpuso recurso de apelación contra el citado auto. Señaló:

4.1. No es cierto que cada requisito que se debe acreditar para ocupar el cargo de Director Regional sea independiente y autónomo, por cuanto el manual específico del SENA que fue adjuntado con la demanda, se evidencia que los requisitos de estudio y experiencia están divididos en dos categorías, separadas en “*estudios*” y “*experiencia*” y, dentro de esta última se aprecian dos categorías: los tres años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico” y “*estar vinculado a la región*” y ambos están estrechamente relacionados, por cuanto la ley encomienda a ese servidor el desarrollo de políticas regionales dentro del SENA. Se busca entonces un funcionario con amplio conocimiento de la región, lo que a juicio del solicitante, solo se logra mediante la experiencia laboral adquirida en forma estrecha con la región. Cita la sentencia C-295 de 1995 referente al tema de la consolidación de la descentralización y autonomía.

4.2. Tampoco es cierto que la ley prevea que cada requisito deba ser acreditado de forma individual, pues con ello se desvirtúa el propósito de la norma de contar con agentes cualificados para desempeñar funciones estrictamente regionales,

desconociendo por demás el efecto útil de las normas al no darle una interpretación que contribuya a la materialización de esos fines.

4.3. El nombrado no acreditó su vínculo con la región, pues pretendió indicar que este devenía de experiencias laborales del pasado con el departamento del Cauca y Bogotá, sin que se entienda que ha sido con el Valle del Cauca.

4.4. Concluyó que “de la mera confrontación del **manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales del SENA con la hoja de vida del demandado emerge con claridad que el (nombrado) no cumple el requisito legal de experiencia consistente en estar vinculado con el Valle del Cauca**” (fl. 84 cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia

De conformidad con los artículos 125³ y 293⁴ numeral 4º del CPACA, es la Sala a quien le corresponde resolver sobre el recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, por tratarse de auto apelable dentro de asunto de nulidad electoral dictado por el juez colegiado *a quo*, en armonía con el artículo 150 del CPACA y el Reglamento del Consejo de Estado que asigna a la Sección Quinta la competencia para conocer de asuntos electorales.

2.2 De los recursos procedentes contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto en las acciones de nulidad electoral

En los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA, norma de carácter especial para aquellos trámites que se adelantan bajo el procedimiento del medio de control de

3 “Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica”.

4 “Artículo 293. Trámite de la segunda instancia. El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al tribunal o al Consejo de Estado. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto sobre la admisión del recurso y que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.
2. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.
3. Los términos para fallar se reducirán a la mitad de los señalados para la primera instancia.
4. La apelación contra los autos se decidirá de plano.

5. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante”. (Negrita fuera de texto).

nulidad electoral, procede en caso de haberse pedido la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y atendiendo la instancia en que se profiera, el recurso del recurso de **apelación**, cuando es de doble instancia y, el de **reposición**, en tratándose de única instancia.

La norma en comentario al respecto, señala:

“artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...)

En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación. (Negrita fuera de texto).

Por contera, ante la regulación especial del medio de control de nulidad electoral y en atención al Reglamento del Consejo de Estado que atribuye a la Sección Quinta el conocimiento de los procesos electorales contra los actos de elección, nombramiento y llamamiento, la Sala es competente para conocer de la apelación de las decisiones de los Tribunales Administrativos.

2.3. Generalidades de la medida de suspensión provisional.

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez queden en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergerable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁵ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente solo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año de 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

5 González Rodríguez Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “*suspensión provisional*”.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado –siempre que se encuentre en término para accionar– o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁶.

Por otra parte, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar se toma en el auto admisorio, lo cual evidencia la misma efectividad que aquellas medidas catalogadas como de urgencia por el artículo 234 del CPACA.

2.4. Caso concreto

El censor en el trasfondo de su alegación limita la apelación al tema de la vinculación al lugar donde desarrolla las actividades la oficina Regional del SENA, concretamente al departamento del Valle del Cauca y que a su juicio debe estar afecto al factor “*experiencia*” y lo atribuye al hecho de que la ley encomienda a ese servidor

el desarrollo de políticas regionales dentro del SENA y, por ende, se requiere y exige de un funcionario con amplio conocimiento de la región, lo que según palabras del solicitante, solo se logra mediante la experiencia laboral adquirida en forma estrecha con la región, requisito que no fue acreditado por el nombrado.

La Sala considera que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca al haber negado la medida cautelar y así lo ha de confirmar, por las siguientes razones:

a) Desde el punto de vista del **cotejo de las normas y de su literalidad**, en este estadio del proceso, no es evidente que la experiencia esté conexas al factor geográfico de la regionalidad de la oficina del SENA (Valle del Cauca), porque el artículo 21 de la Ley 119 de 1994 no lo prevé en relación directa con la trayectoria laboral. Así las cosas, solo al momento de fallar y luego de analizarse los propósitos y teleología de las normas y del Manual de Funciones podrá determinarse el alcance e interpretación de este frente a la norma superior y si en realidad, como lo pretende el actor, este factor solo tiene relación directa y exclusiva con el factor experiencia.

En aras de hacer claridad, el tenor literal de las normas sustento de la medida cautelar es la siguiente:

Ley 119 de 9 de febrero de 1994

“Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.

“Artículo 21. Selección y requisitos de los Directores Regionales. Para ser nombrado Director Regional, se requiere poseer título profesional universitario, acreditar una experiencia mínima de tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y estar vinculado a la región”.

Resolución 00986 de 25 de mayo de 2007 o Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales del SENA

(modificada por la Resolución 2191 de 25 de noviembre de 2011)

⁶ Artículo 299 inciso segundo del CPACA.

“IV. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA

<i>Estudios</i>	<i>Experiencia</i>
<p><i>Título profesional Universitario</i> <i>Tarjeta Profesional en los casos requeridos por la ley.</i></p>	<p><i>Tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico.</i> <i><u>Estar vinculado a la región.</u></i></p>

Decreto 1972 de septiembre 9 de 2002

“Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional”

“Artículo 1°. El Director o Gerente Regional o seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.

Cuando el área de influencia de una Regional o seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso”.

Por otra parte, la Sala considera que al no encontrar prosperidad la medida cautelar basada en el artículo 21 de la Ley 119 de 1994 y en el Manual de Funciones del SENA, cae de su peso, la imposibilidad de predicar violación frente al Decreto 1972 de 2002, atinente a la integración de la terna, por cuanto la censura se sustenta en que el ternado y luego beneficiario del nombramiento, no cumple con el requisito de vinculación regional, dado que esos cargos de nulidad están íntimamente relacionados con este, siendo dependiente y accesorio a la prosperidad de aquellos. Es más, este Decreto 1972 incluso permite predicar el término “región” consolidándola a partir de unión de departamentos excediendo entonces el criterio territorial geográfico departamental (véase aparte subrayado en segundo inciso del artículo 1º), con lo cual se refuerza que en esta etapa no es el momento procesal para verificar qué departamentos comprenden la Regional del Valle del Cauca ni el significado y por tanto la determinación del efecto útil del requisito establecido en el artículo 21 de la Ley 119 de 1994 consistente en estar vinculado a la región.

Tampoco encuentra la Sala la supuesta violación al artículo 6º de la Constitución Política ni advierte la extralimitación de funciones alegada como censura, precisamente porque el

fundamento de la medida cautelar lo atribuye el memorialista a la Ley 119 de 1994 en el artículo precitado y al Manual de Funciones.

Las anteriores son las razones para no dar prosperidad al argumento de la medida cautelar desde la censura de violación normativa.

Pero no solo la negativa se sustenta en el análisis a la violación de las normas superiores, por cuanto la Sala observa que la improsperidad de la medida cautelar abarca incluso a los medios de probanza:

b) Así pues, desde el punto de vista de las pruebas adjuntadas con la solicitud, *a priori*, la Sala encuentra que el nombrado, conforme al Formato Único de Hoja de Vida que remitió el SENA, obrante a folios 15 a 35 del cdno. anexo, informó sobre los estudios que desarrolló en el Valle del Cauca, a saber: Especialización en Estructuras y Magíster en Ingeniería Civil en la Universidad del Valle; Especialización en Gerencia Ambiental y Desarrollo Empresarial en la Universidad Santiago de Cali y Magíster en Economía de la Universidad Pontificia Javeriana sede Cali y en el rubro de **experiencia laboral** se lee que ejerció como docente en la modalidad de tiempo completo y de hora cátedra en la Universidad del Valle (fls. 26 y 27 cdno. anexo) y, dado que aún es temprano para determinar que la vinculación al departamento del Valle del Cauca no pueda predicarse de otras actividades ejercidas en la región, precisamente porque *prima facie* su literalidad no es indicativa de ello, no hay lugar a decretar la suspensión provisional, como bien lo decidió el Tribunal *a quo*.

Son todos ellos los aspectos modales y circunstanciales que deberán ser analizados en la sentencia a fin de determinar su alcance frente a la legalidad del nombramiento del demandado.

Por otra parte, se resalta que a folios 26 y siguientes del cuaderno de medida cautelar, reposa comunicación en la que el Coordinador Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General de la Dirección General del SENA explica a la Presidente Nacional de Sindesena las razones por las cuales en ese momento el ternado **TRUJILLO SOLARTE** cumplía con el requisito de vinculación regional, a partir de los conceptos de “región”, “regional geográfica, cultural y social en Colombia”, de los principios rectores de ordenamiento territorial, del alcance de la expresión “regionalización”; de la clasificación de regiones en Colombia (Caribe, Pacífico, Amazonía, Orinoquía, Andes Occidentales y Andes del Norte); de la delimitación de regiones hecha por el Conpes, a partir del Sinap e incluso bajo

el Sistema General de Regalías, que el operador jurídico de la nulidad electoral podrá determinar a ciencia cierta al estudiar la legalidad o no del acto de nombramiento.

La anterior consideración, precisamente, con el único fin de denotar la complejidad conceptual, semiótica y teleológica de la expresión región, a fin de determinar con certeza aspectos como qué entenderse por vínculo con ella y su alcance geográfico y misional conforme a las políticas del SENA y desde la particularidad del caso concreto, si en realidad este requisito solo es predicable del ítem experiencia y si actividades como la docencia en entidad universitaria del Valle del Cauca merecen ser tenidas en cuenta conforme al marco normativo que regula la situación, no siendo viable hacerlo en esta etapa del proceso por no advertirse evidente y flagrantemente violatoria del marco de regulación.

En consecuencia, el sustento del recurso de apelación contra la negativa de suspender los efectos del acto de nombramiento, no logra afectar la presunción de legalidad del acto administrativo conforme a la normativa invocada como violada por el solicitante ni a partir de las pruebas obrantes en el proceso, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 229, 231 y 277 inciso último del CPACA, la Sala,

RESUELVE:

Primero. Confirmar el auto de 25 de septiembre de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante el cual **negó** la solicitud de suspensión provisional de la parte demandante contra el acto que designó al demandado como Director Regional Valle del Cauca del SENA.

Segundo. Ejecutoriado este auto, **regrese** el expediente al Despacho al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta

Rocío Araújo Oñate

Carlos Enrique Moreno Rubio

Alberto Yepes Barreiro

con Aclaración de Voto

Aclaración de Voto del Doctor Alberto Yepes Barreiro

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Forma como debe entenderse en general y, en especial, en los procesos electorales a partir del nuevo código/ MEDIDAS CAUTELARES - Papel del Juez de lo contencioso/SUSPENSIÓN PROVISIONAL - La nueva teleología de la medida cautelar/ SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Se debe verificar principios y valores constitucionales/ CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Posee carácter normativo y vinculante

Con relación a la providencia de Sala adoptada en el proceso del vocativo referenciado, considero de suma importancia aclarar el voto, para exponer mi criterio sobre la forma como debe entenderse la figura de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de la reforma al Código de lo Contencioso Administrativo.

Huelga manifestar que esas consideraciones fueron expuestas aunque no respaldadas por mis compañeros de Sección quienes mayoritariamente solicitaron retirar las consideraciones que llevaba el proyecto inicial sobre la decisión de suspensión y que ahora, parcialmente, paso a dejar consignadas.

La posición mayoritaria parece entender que al juez le está vedado tomar una decisión ab initio del proceso en salvaguarda del orden jurídico en razón a una supuesta prohibición que sobre el particular trae el artículo 229 del CPACA, lo que explica, en parte, que se afirme que cuando el texto normativo señala que la violación debe "surgir", ello implica que la infracción deba ser "manifiesta", "brotar", según las acepciones que de ese vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a las que recurre la Sala como única herramienta hermenéutica para fijar el alcance del texto normativo que contiene la regulación de las medidas cautelares, sin reparar en que existen otras y de mayor utilidad como indagar en la finalidad de la misma, en las razones que tuvo el legislador para implantarlas en la nueva normativa, por señalar solo algunas.

Esa postura desconoce que precisamente los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1137 de 2011, principio este que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador.

Olvida la Sala, con todo respeto, que todo texto normativo debe ser interpretado por el operador a partir de los valores, principios y normas constitucionales en razón del carácter vinculante de la Constitución que nos rige; por tanto, más allá de si el legislador hubiese o no prescrito expresamente como lo hizo en el artículo 103 que el objeto de la jurisdicción era el expuesto, era claro que el mismo se debe colegir de la

prevalencia de los mandatos superiores. Es precisamente esa concepción literal y exegetica que parece tener la Sala sobre la suspensión provisional que me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va más allá de extraer el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo. En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que negó suspensión provisional/

RECURSO DE APELACIÓN - Efecto en el que debe concederse contra el auto que en materia electoral niega la solicitud de suspensión provisional/ RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que negó suspensión provisional debe concederse en efecto devolutivo

Como lo he sostenido en anteriores ocasiones, debido a la inexistencia en el CPACA de una norma expresa sobre la materia, considero importante recordar que el recurso de apelación contra el auto que, en materia electoral, niega la solicitud de suspensión provisional, debe ser concedido en efecto devolutivo, y no en el efecto suspensivo como se realizó en el presente caso.

El artículo 243 del CPACA indica que el recurso de apelación, por regla general, se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, eventos en los que se concederá en el efecto devolutivo. Nótese que el caso de autos, en los términos del artículo 243 del CPACA ni siquiera sería objeto de apelación porque en el proceso ordinario no es apelable el auto que "resuelve" sobre la medida cautelar sino, únicamente, aquel que la "decreta". Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Legislador, al regular el proceso ordinario y el proceso electoral, empleó dos vocablos distintos en el CPACA para efectos de determinar la procedencia de recursos contra los autos en materia de medidas cautelares.

Mientras que en el primer caso, regulado en el numeral 2º del artículo 243, el Legislador previó el carácter apelable del auto "*que decreta una medida cautelar*"; en el segundo caso, consagrado en el último inciso del artículo 277, dispuso que la suspensión provisional se "*resolverá*" en el auto admisorio de la demanda, contra el cual procede el recurso de reposición, en los procesos de única instancia, y el de apelación, en los

procesos de primera instancia. El uso de estos dos vocablos no fue casual ni desprevisto, ni dichos términos pueden ser considerados como sinónimos, como se desprende de la lectura de otros preceptos de esta misma codificación, en los cuales se advierte una clara diferencia entre los verbos “decretar” y “resolver”. En ese entendido, y en atención al principio hermenéutico anteriormente referido, las disposiciones que regulan la procedencia del recurso de apelación contra providencias judiciales deben interpretarse de la siguiente manera: El verbo “decretar” es utilizado para hacer referencia a aquellas providencias que conceden positivamente una solicitud formulada por alguna de las partes del proceso (p.e. la solicitud de medida cautelar en el proceso ordinario o un incidente de nulidad procesal). Los verbos “negar” y “denegar” son empleados para hacer referencia a aquellas providencias que deciden de manera negativa una solicitud formulada por alguna de las partes del proceso (p.e. la solicitud de pruebas o un incidente de nulidad procesal).

El verbo “resolver” es usado para hacer referencia a aquellas providencias que deciden, en cualquier sentido, una solicitud formulada por alguna de las partes del proceso (p.e. la liquidación de la condena o de los perjuicios o la solicitud de la suspensión provisional en el proceso electoral).

Por lo anterior, y como es apenas natural, en el artículo objeto de estudio no encontraremos ninguna regla que nos indique cuál es el efecto en el que debe concederse la apelación contra el auto que negó la medida precautelar.

No obstante, como el artículo 277 del CPACA también otorga el mismo recurso respecto de la decisión negativa, lo cierto es que debemos, analógicamente, concederle en el mismo efecto previsto para el segundo de los eventos de su artículo 243.

De conformidad con las anteriores consideraciones, debe reprocharse la interpretación realizada por el Tribunal en el auto de 15 de octubre de 2015, dado que el recurso de apelación contra el auto que denegó la suspensión provisional debió concederse en el efecto devolutivo y no en el efecto suspensivo.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015).

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales, si bien comparto el sentido de la decisión adoptada en el auto de la referencia, considero necesario: (i) dejar sentado mi criterio sobre aspectos inherentes a la institución de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y (ii) ahondar en el efecto en el que debe concederse el recurso de apelación contra el auto que, en

materia electoral, niega la solicitud de suspensión provisional, por sus importantes implicaciones.

1. Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Hablar de cautela o medidas cautelares, sabido es, refiere a un mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar, por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, *la periculum in mora*¹.

Y por otro, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pueda de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, a partir de lo que se ha denominado la apariencia de buen derecho o *fumus bonis juris*, para lograr un equilibrio entre las partes procesales o, como lo dice la Corte Constitucional², la igualdad entre ellas, es decir, entre quien considera que tiene el derecho y aquella que se niega a reconocerlo o lo ha vulnerado.

1.1 El bloque de constitucionalidad y el derecho a un recurso judicial efectivo

La inserción de medidas cautelares en los ordenamientos procesales no son más que una manifestación del principio que en el contexto internacional y en el derecho internacional de los Derechos Humanos se ha denominado **recurso o tutela judicial efectiva** y que en nuestro ordenamiento constitucional se ha entendido en ocasiones como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia del artículo 228 Constitucional o un derecho fundamental de carácter autónomo³. No obstante en los términos de los tratados internacionales y por la remisión que hace el artículo 93 de la Constitución Política ha de entenderse como un derecho autónomo al que consagra en el artículo 228 constitucional, es decir, al de acceso a la Administración de Justicia.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución establece que los tratados, internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden interno, lo que se ha entendido como la integración por remisión de la Carta del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al ordenamiento constitucional.

1 Calamandrei, Piero. Derecho Procesal Civil. Oxford University Press México. Primera Serie Volumen 2. Pág. 16.

2 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3 En un seguimiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede deducirse que en algunas ocasiones esa Corporación ha definido este derecho como parte del derecho al acceso a la administración de justicia, v.gr. sentencias C-268 de 1996, C-1051 de 2001 y C-454 de 2006. En otras, como en la sentencia C-426 de 2002 los identifica como lo mismo. Por su parte, en los autos 024 de 2004 y 100 de 2008, parece referirse al principio de tutela efectiva como un derecho fundamental autónomo.

Bajo ese entendido, encontramos en referencia al derecho a un **recurso judicial efectivo** o **tutela judicial efectiva**, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 2º, literal a) lo consagra y el literal b) que fija la obligación para las autoridades internas de desarrollar las posibilidades de ese recurso⁴. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica en sus artículos 8, numeral 1º y 25 se refiere a la protección judicial de las personas y repite la obligación para las autoridades internas de desarrollarla⁵.

Igualmente las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y la Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, pese a ser declaraciones, gozan de fuerza vinculante, consagran el derecho de toda persona a un **recurso efectivo** ante los tribunales nacionales para que, en condiciones de **plena igualdad**, se protejan y determinen sus derechos y obligaciones.

La obligación de los Estados de instaurar mecanismos judiciales para garantizar la efectividad de los derechos no se circunscribe exclusivamente a los derechos denominados fundamentales. No, abarca la protección de todos aquellos derechos o intereses de los que es titular la persona, independiente de si tienen rango constitucional o simplemente legal.

Esta aclaración es importante hacerla por cuanto en algún momento erradamente se podría inferir que el principio de tutela judicial efectiva hace referencia exclusivamente a la creación de mecanismos para la protección de los derechos de rango fundamental, es decir, a instrumentos como la acción de tutela en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, restarle la importancia constitucional que tienen las medidas de cautela en los procedimientos judiciales.

El anterior aserto encuentra respaldo, entre otros, en pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual:

“... el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1. y lo dispuesto en el artículo 8.1., debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea este un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado–, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”⁶ (negrilla fuera de texto).

4 Señala expresamente el literal b) “La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de recurso judicial” (resaltado fuera de texto).

5 El artículo 25 en comentario, en su literal c) se refiere expresamente que los Estados deben garantizar el cumplimiento toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

6 Caso Marín de Mejía vs. Perú, en O’Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto

En consecuencia, de la normativa internacional citada debemos entender que el Estado colombiano tiene la obligación de consagrar mecanismos judiciales que permitan la efectividad de los derechos, dispositivos que, como lo han indicado los órganos de interpretación de los tratados internacionales citados, no basta con que se inserten en el ordenamiento sino que sean **eficaces e idóneos**⁷.

En ese orden de ideas, el Estado colombiano no cumple con la obligación internacional en mención al consagrar acciones, recursos o mecanismos de control como los denomina hoy la nueva normativa de lo contencioso administrativo que le permitan al ciudadano acudir a la jurisdicción para reclamar por las acciones, omisiones, operaciones, hechos y contratos de y con la administración, si ellas no resultan **eficaces e idóneas** para la protección de los derechos e intereses en discusión.

Idoneidad y eficacia que, en muchos eventos se ve afectada por los tiempos que debe tomar la Administración de Justicia para decidir y/o porque cuando se adopta el fallo definitivo, el derecho o interés en juego se ha vulnerado de tal manera que el fallo resulta inútil, carente de valor.

Es, en este contexto, en donde las llamadas medidas cautelares vienen a jugar un papel transcendental dentro de los procesos judiciales pues son medios adecuados para que desde el comienzo del proceso, el juez, como su director, pueda frente al derecho o interés en litigio: i) impedir un cambio probable; ii) eliminar el cambio ya ocurrido o iii) anticipar el posible cambio que se pueda generar⁸. De manera que estas se convierten en la mejor y más adecuada herramienta con la que cuenta el Estado para lograr el cumplimiento anticipado y efectivo del fallo judicial, y en una garantía que permitirá satisfacer de forma real los derechos de quien acude a la jurisdicción, incluido obviamente, el restablecimiento del orden jurídico como sucede con la acción de simple nulidad.

En buena hora y seguramente inspirado, entre otros, en los textos del Profesor Carnelutti y obviamente en las experiencias internacionales, el legislador colombiano decidió introducir en el ordenamiento de lo contencioso administrativo un elenco de medidas de cautela que antes estaban restringidas a la suspensión provisional.

Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Bogotá, 2004. Pág. 481. En el mismo sentido, otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros, según se lee en Courtis, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/47_79.pdf.

7 Es importante recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la interpretación que hacen los órganos dentro del sistema interamericano constituyen un criterio hermenéutico relevante para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Cfr. Sentencias C-406 de 1996 y C-010 de 2000, entre otras.

8 Es precisamente el profesor Carnelutti el que explica las vicisitudes a las que se enfrenta quien acude a la administración de justicia y las posibles acciones que debería adoptar el juez desde que se trata la litis para lograr una verdadera protección de los derechos e intereses de aquel. Ob. cit., pág.

En efecto, en Alemania⁹, en Italia¹⁰ y en España¹¹, a partir del reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva y en la forma como los tribunales internacionales de Derechos Humanos¹² lo concibieron e interpretaron, se abrió paso la idea según la cual las medidas de cautela debían hacer parte del derecho a una tutela judicial efectiva y fue así como, por ejemplo, en la legislación española se introdujo esta figura en la Ley 28 de 1998.

Por su parte, el legislador colombiano, bajo la misma égida de la tutela o recurso judicial efectivo¹³ hace esa regulación en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011 en los que introduce al régimen de lo contencioso administrativo la figura de las medidas cautelares, bajo una ordenación que no se conocía en nuestro ordenamiento, salvo en lo que hacía a la cautela denominada suspensión provisional, medida que solo era procedente para las acciones, que hoy se denominan medios de control: de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese sentido, el artículo 229 indica que las medidas de cautela tienen por finalidad proteger i) el objeto del proceso y ii) la efectividad de la sentencia. Es decir, se pretende que ellas permitan asegurar a quien acude a la Administración de Justicia

ver satisfecho de forma provisional su derecho o interés, inclusive el abstracto de restablecimiento del orden jurídico, independiente del tiempo que se tarde el fallo definitivo, pues solo una vez se dicte este, existirá la certeza sobre su titularidad.

Nada impide, por tanto, que el juez anticipe el análisis o examen del asunto sometido a su conocimiento cuando adopta la medida de cautela, en aras además de la realización del principio de tutela judicial efectiva de la materialización de otros principios como el de eficacia y celeridad del proceso.

En ese contexto, el legislador definió en el artículo 230 las medidas cautelares que puede adoptar el juez de lo contencioso administrativo en el curso de un proceso. Estas son: i) Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; ii) Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, medida que podíamos calificar como la última o extrema, porque se exige que se acuda a ella “*cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción*”; iii). Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; iv) Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos e, v) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

No es este el espacio para hacer el análisis de cada una de las medidas de cautela que introdujo el legislador en esa regulación, basta señalar algunas generalidades de ellas, así:

i) son procedentes en todos los procesos declarativos y constitucionales que se tramiten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) se pueden solicitar con la demanda o posteriormente¹⁴; iii) se debe probar un perjuicio irremediable por parte de quien la solicite o que la sentencia tendrá efectos nugatorios si no se adopta un correctivo inmediato, requisitos estos que no se requieren en el caso de la suspensión provisional; iv) en los casos de la medida cautelar de urgencia y en el medio de control electoral, la solicitud de suspensión provisional se decide con la admisión de la demanda, por tanto, no se requiere la notificación a la parte demandada, en los demás casos la decisión sobre la medida se adopta después de admitida la demanda y previa notificación a la parte contraria sobre la solicitud de la misma, para que se pronuncie en un término de 5 días; v) se puede suspender o levantar en cualquier momento previa caución o cuando se demuestre que ya no existen o se han superado los hechos que le dieron origen. Igualmente se puede modificar por otra para que cumplan su propósito dentro del proceso; vi) su concesión requiere de la presentación de una caución, la única medida de cautela en la que esta no se exige es en la suspensión provisional.

9 El derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, artículo 19.4, bajo el capítulo de los derechos de libertad.

10 Artículos 24 y 113 de la Constitución. “Una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la tutela giurisdizionale, en el sentido de que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate, refundiendo en la misma cláusula proteccionista el derecho a la defensa, vista como un derecho inviolable de las personas en cualquier estado o grado del procedimiento, de donde la jurisprudencia ha deducido la existencia de cautelas que trascienden la suspensión provisional ampliando la esfera de la tutela cautelar, subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano. El artículo 113 de la Constitución italiana complementa esta disposición, pues cobija la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que se hubieren vulnerado por los actos de la administración pública, por lo cual es la jurisdicción la que se encarga de controlar el acto administrativo, sin que se puedan permitir exclusiones...” Barnés Vásquez, J., “Addenda: un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la Constitución italiana”, en Barnés Vásquez, J. (coord.), La justicia administrativa en el derecho comparado, Civitas, Madrid, 1993, pp. 251-255, Tomado del escrito de Araújo-Oñate, Rocío Mercedes, “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, Revista Estudios Sociojurídicos, 2011, 13, (1), pp. 247-291.

11 El artículo 24 de la Constitución, señala que : “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

12 Tribunal de Derechos Humanos. Caso Soering vs Reino Unido. 1988. Igualmente, es sumamente trascendental el fallo que profirió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el caso Factortame. Providencia de 19 de junio de 1990

13 En el informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley No. 315 DE 2010 Cámara y 198 de 2009 Senado de 23 de noviembre de 2010, se lee lo siguiente “En el Capítulo XI de medidas cautelares (arts. 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva” (subrayas y negrilla fuera de texto).

14 Esta generalidad parece tener una excepción en el medio de control electoral en donde la solicitud de la medida provisional de suspensión solo es procedente si se solicita en la demanda o en escrito separado que la acompañe, en los términos del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Como se puede apreciar de la breve descripción que se hizo en el párrafo anterior, la denominada suspensión provisional tiene unas particularidades en relación con los otros medios de cautela que implantó la Ley 1437 de 2011 que requiere de un análisis específico, razón por la que me referiré en este escrito de aclaración únicamente a ella, puesto que fue el medio que solicitaron los demandantes en su escrito de demanda.

1.2 La nueva teleología de la suspensión provisional como medida cautelar

Como se precisó anteriormente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no regulaba medio de cautela diverso a la suspensión provisional, la que fue desarrollada en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, y que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 tuvo consagración constitucional en el artículo 238 al expresar que esta jurisdicción podría suspender provisionalmente *“por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

Pese a esa consagración constitucional y a la posibilidad de un desarrollo diverso al que de ella se hizo en el Decreto 01 de 1984, solo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se reparó en su finalidad.

La suspensión provisional durante los 28 años en que estuvo vigente el Decreto 01 de 1984 no cumplió su papel de medio de cautela si entendemos por este, el mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, *la periculum in mora*; y por otro lado, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pudiera de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, es decir, *el objeto del proceso* como lo denomina hoy el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

En tratándose del medio de control de nulidad, es claro que el objeto del proceso no es otro que el restablecimiento del orden jurídico en aras de salvaguardar el principio del bloque de legalidad, entendido este en el marco de un Estado material de Derecho como *el conjunto de normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico*¹⁵ para diferenciarlo del principio de legalidad positivista, es decir, sujeción a la ley en sentido formal.

Decíamos que la finalidad de la cautela de suspensión en cuanto la protección del objeto del proceso no se cumplía en vigencia del numeral 2 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984, por cuanto su concesión se hizo casi imposible a partir de la interpretación del vocablo *“manifestamente”* que este empleaba.

15 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Pág. 365.

En efecto, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo interpretó ese término en el sentido según el cual la infracción de la norma que se decía vulnerada debía ser *“... clara y ostensible que no requiera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores”*.¹⁶ Es decir, se exigía una transgresión tan grosera, tan evidente del ordenamiento que el juez no necesitaba hacer razonamiento alguno para decretar la suspensión que le era solicitada.

Por tanto, se decía que si había necesidad de alguna argumentación para su procedencia, esta debía hacerse solo en la sentencia que definiera definitivamente sobre la nulidad o no del acto acusado, en aras de dar prevalencia a la presunción de legalidad que bajo esa hermenéutica solo se podía desvirtuar en la sentencia.

Bajo esa exégesis, esta Sección antaño y reiteradamente sostuvo, por ejemplo, que *“era indispensable que la violación manifiesta de la normas de derecho alegada, se perciba a través de una sencilla comparación entre el acto administrativo acusado o del examen de las pruebas aportados (documentos públicos) y las normas jurídicas en que se fundamenta sin necesidad de acudir a razonamientos profusos y complejos. La simple confrontación de los extremos referidos debe permitir constatar que se ha subvertido el orden jurídico”*.¹⁷ (Negrilla fuera de texto)

Se consideraba, entonces, que *“La medida resulta improcedente si para avtorar la infracción al ordenamiento jurídico es menester hacer lucubraciones o razonamientos profundos o sistemáticos, si más allá de la confrontación entre la norma, el acto acusado y las pruebas presentadas, se debe hacer una valoración mancomunada, sistemática y profunda de la prueba documental aportada y de las normas invocadas, pues tal tipo de razonamientos solamente se puedan hacer al momento de fallar, garantizando al sujeto pasivo de la acción su derecho a la defensa y a contradecir todos y cada uno de los medios de prueba para sustentar la causal de nulidad...”*¹⁸.

Esa interpretación para la concesión restringida de la suspensión provisional, llevó a la Corte Constitucional a señalar que la acción de tutela era procedente pese a la existencia en el proceso administrativo de la medida cautelar de suspensión provisional porque aquella era *ineficaz*, pues si el juez administrativo no podía hacer ninguna clase de razonamiento y solo en el fallo era posible determinar si la vulneración se presentaba, correspondía por tanto al juez de tutela analizar el acto acusado frente a los derechos fundamentales que se decían

16 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Radicación número 0983. Ponente, Dr. Luis Eduardo Jaramillo.

17 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de octubre 14 de 1999. C. P. Reynaldo Chavarro Buritica. Exp. 2340.

18 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp. 3529.

vulnerados, para decidir si ordenaba o no la suspensión que en lo contencioso no fue posible encontrar.

La procedencia de ese otro recurso judicial o tutela efectiva, es decir, del amparo constitucional se precisaba generalmente en los casos de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde, además de exigirse la vulneración “manifiesta” se debía demostrar sumariamente el perjuicio que la ejecución del acto podría ocasionar, en los términos del numeral 3 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984. No obstante el análisis de este segundo requisito no se efectuaba, en razón a que el operador jurídico se quedaba en la falta de una oposición grosera del acto frente a la normativa que se decía desconocida, prevalecía, entonces, la presunción de legalidad.

El Tribunal Constitucional enunció, entonces, las diferencias entre la acción de tutela y la suspensión provisional, para justificar la procedencia de la primera ante la ineficacia de la segunda:

“3) A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que sí se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos. En efecto:

“La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C. C. A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no solo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación

directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

“... ”

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que sí puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado”.¹⁹ (Negrilla fuera de texto).

La conclusión de la Corte no era otra que afirmar que: la suspensión provisional no era un medio **idóneo** para la protección de derechos fundamentales, razón por la que la acción de tutela se imponía.

Esa interpretación limitada del término “manifiesta” que empleaba el Decreto 01 de 1984, llevó a los redactores de la Ley 1437 de 2011 a proponer su modificación para lograr la eficacia de este medio de cautela. Por lo menos así se lee en el siguiente informe de ponencia:

*“En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, **en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz.** Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud;** igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho*

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar".²⁰ (Negrilla y subrayas fuera del texto).

En consecuencia, se propuso una redacción sencilla del correspondiente artículo, en el que se enunciaba lo siguiente: "**Artículo 233. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda"²¹. Redacción que se mantuvo inalterada en todos los debates²², hasta el cuarto debate en Cámara, en donde en aras, se repite, **de la eficacia de la medida** como se lee expresamente en el informe de ponencia antes transcrito, se cambió la redacción para agregar que la suspensión provisional debía otorgarse cuando la "*violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*".

Entonces siendo así, resuelta de Perogrullo afirmar que la reforma legislativa, al eliminar el término "*manifestamente*" y consagrar que aquella procedía cuando existiere la violación entre el acto acusado y la norma que se decía vulnerada, modificó radicalmente la teleología y el entendimiento de la suspensión provisional como medida cautelar.

Y es precisamente en la forma como debe interpretarse el artículo 231 del nuevo Código que existe un punto de desencuentro con la posición mayoritaria. En efecto, creo que cuando el legislador introdujo la voz "*surgir*" en el cuarto debate, no lo hizo con la idea de mantener inalterada la jurisprudencia según la cual la violación que se alegue del ordenamiento debe ser tal, que el juez no deba hacer estudios o análisis para llegar a la decisión de si debe o no ordenar la suspensión propuesta; todo lo contrario, el análisis, la valoración probatoria, la argumentación, etc., se imponen en la definición de esta medida cautela. No entenderlo así, devendría en una reforma inocua.

Precisamente lo que demuestra el iter legislativo brevemente reseñado en párrafos anteriores es todo lo contrario, es decir, que lo que buscó el legislador al eliminar expresamente el vocablo "*manifestamente*" fue permitir al juez un análisis, una valoración inicial del acto acusado con la normas que se dicen desconocidas para determinar si procede o no la suspensión provisional.

La posición mayoritaria parece deducir que para que proceda la medida cautelar de suspensión provisional se requiere que la violación surja del "*análisis*" del acto demandado y su

20 Congreso de la República. Gaceta 951 del 23 de noviembre de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe de ponencia.

21 Congreso de la República. Gaceta 264 del 27 de mayo de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en el Senado de la República.

22 Congreso de la República. Gaceta 683 del 23 de septiembre de 2010. En la que se publicó el texto para primer debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe.

confrontación con las normas superiores invocadas. Hasta aquí todo igual, pues se repite lo que dice textualmente el artículo 231, el asunto está en lo que entienden o el significado que le da la Sala a la locución "*surgir*" y el alcance del examen que, en su concepto, debe efectuar el juez de conocimiento, pues en mi criterio, el análisis y la confrontación siempre han estado y estarán presentes en la toma de la decisión²³.

Se lee en las providencias que hasta la fecha ha dictado la Sección en esta materia:

"2°) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge²⁴, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal –cuando el proceso apenas comienza–, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine qua non que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1°) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2°) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2° inciso del artículo 229 del CPACA, en cuanto ordena que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"²⁵.

Si bien es cierto mis colegas no avanzan ninguna noción sobre

23 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 27 de mayo de 2009. C. P. Ruth Stella Correa. 36476. Auto que es muy interesante de analizar porque, en vigencia del Decreto 01 de 1984, hizo algunas reflexiones sobre el deber de argumentación que tiene el juez al momento de decretar la medida cautelar de suspensión provisional.

24 Según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

25 Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta, auto de 7 de febrero de 2013, Rad. 110010328000201200066-00, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. En el mismo sentido los autos dictados el 24 de enero de 2013, Rad. 11001-03-28-000-2012-00068-00 y 11001-03-28-000-2012-00071-00 Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

el alcance de los términos analizar y estudiar que se subrayan, sí puedo advertir que el enfoque que la Sala le pretende dar al examen o análisis que debe efectuar el juez para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, parece ser idéntico o por lo menos similar al que exigió la jurisprudencia en vigencia del Decreto 01 de 1984.

Es decir, una interpretación que le impida al operador un estudio dialéctico en que, a partir o con los elementos aportados en la demanda, se forme una primera opinión sobre si el acto acusado vulnera el ordenamiento jurídico al que está sometido para, consecuentemente, decretar su suspensión provisional, en aras de proteger la integridad de aquel.

En otros términos, con infinidad de talanqueras gramaticales, se pretende imponer hasta el final del proceso la presunción de legalidad del acto, con lo que se impediría una de las finalidades de la medida cautelar como lo es la de asegurar el objeto del respetivo medio de control que, en los casos de la simple nulidad no es otro que el restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico, perturbado o alterado por un acto contrario a aquel o el de nulidad electoral, que además del restablecimiento del orden jurídico, busca la transparencia, igualdad y eficacia del voto como manifestación del derecho constitucional consagrado en el artículo 40, numerales 1 y 7 de la Constitución Política.

En efecto, la posición mayoritaria parece entender que al juez le está vedado tomar una decisión *ab initio* del proceso en salvaguarda el orden jurídico en razón a una supuesta prohibición que sobre el particular trae el artículo 229 del CPACA, lo que explica, en parte, que se afirme que cuando el texto normativo señala que la violación debe “surgir”, ello implica que la infracción deba ser “manifiesta”, “brotar”, según las acepciones que de ese vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a las que recurre la Sala como única herramienta hermenéutica para fijar el alcance del texto normativo que contiene la regulación de las medidas cautelares, sin reparar en que existen otras y de mayor utilidad como indagar en la finalidad de la misma, en las razones que tuvo el legislador para implantarlas en la nueva normativa, por señalar solo algunas.

Esa postura desconoce que precisamente los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, principio este que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador.

Olvida la Sala, con todo respeto, que todo texto normativo debe ser interpretado por el operador a partir de los valores, principios y normas constitucionales en razón del carácter vinculante de la Constitución que nos rige, por tanto, más allá de si el legislador hubiese o no prescrito expresamente

como lo hizo en el artículo 103 que el objeto de la jurisdicción era el expuesto, era claro que el mismo se debe colegir de la prevalencia de los mandatos superiores.

Es precisamente esa concepción literal y exegética que parece tener la Sala sobre la suspensión provisional que me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va más allá de extraer el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo.

En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

2. El papel del juez de lo contencioso en el marco de las medidas de cautela

Es que, en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, brevemente reseñado en un acápite anterior, debe entenderse que hoy el juez de lo contencioso administrativo está llamado a abordar el estudio de la procedencia de la suspensión provisional en un contexto en donde prime el carácter normativo de la Constitución y el principio de prevalencia de los derechos fundamentales.

La decisión sobre la procedencia o improcedencia de este mecanismo tutelar, implica por parte del juez un análisis del acto acusado con las normas que se dicen vulneradas, en donde, como lo ha sostenido la Sección, en un criterio que he acompañado²⁶, corresponde al demandante sustentar la solicitud e invocar las normas desconocidas por el acto acusado, y al funcionario judicial efectuar un estudio de esos argumentos para confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, en lo que para el efecto tendrá que interpretar, explicar, y, en algunos casos, seguramente aclarar exegesis que sobre el asunto sometido a conocimiento se presenten.

Por tanto, insisto que cuando el legislador empleó la voz “surgir” lo hizo bajo la idea de que la violación debería aparecer o hacerse manifiesta después del análisis que debe efectuar el operador judicial, examen que, por cierto, no fue calificado por el legislador como breve y somero o, profuso y copioso.

²⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

En otros términos, no puede aceptarse el criterio según el cual el juez al momento de decidir sobre la solicitud de medida cautelar no pueda hacer un juicio previo de legalidad del acto acusado y así expresarlo, anticipando su criterio, pues no otra cosa le corresponde si aceptamos que la suspensión provisional como medida cautelar que es, está llamada a asegurar, por un lado, el objeto del proceso y por otro, la efectividad de la sentencia, pues las decisiones tardías en defensa del ordenamiento superior simplemente sirven a lo sumo como ejemplo a los académicos, pero en la práctica no tienen ningún efecto, en la medida en que las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban al momento en que se cometió la ilegalidad o desconocimiento del ordenamiento superior.

En ese sentido y a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C. C. A., considero que el operador judicial está obligado hoy a efectuar un análisis detallado de los argumentos expuestos en la demanda para definir si es o no procedente la suspensión teniendo como referente su papel garantista y protector del ordenamiento jurídico, en donde los valores, los principios y derechos fundamentales han de ser el referente para su definición cuando así lo advierta el demandante.

Esta nueva concepción del rol que debe tener el juez de lo contencioso administrativo frente a las solicitudes de la cautela judicial de suspensión provisional busca, entre otros, cumplir uno de los objetivos que se propuso el legislador al insertar estas medidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: dotar al juez de lo contencioso de herramientas que le permitan la satisfacción pronta y efectiva de los derechos de quienes acuden a la jurisdicción, pero en especial, unificar sus poderes con los del juez de tutela, a efectos de que la acción de amparo recobre la naturaleza constitucional que tiene, es decir, el *mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, cuando no exista en el ordenamiento otro que con la misma idoneidad puede satisfacer los derechos de rango fundamental*.

La suspensión provisional, junto con los otros medios de cautela que diseñó el legislador en la Ley 1437 de 2011, son, en mi concepto, medios idóneos y eficaces con los que cuenta hoy el juez de lo contencioso administrativo para asegurar, cuando ellos estén en juego, la protección, garantía y restablecimiento de los derechos e intereses de quienes acuden a los diversos medios de control, incluidos o en especial, los derechos fundamentales.

Así, la solicitud de la medida cautelar de suspensión, en el marco del derecho de acceso y tutela efectiva, presupone poner en movimiento el aparato judicial, para que el juez, en ese momento procesal - admisión de la demanda-, satisfaga esta garantía con un pronunciamiento que si bien no es definitivo, sí asegure que los fines del medio de control en el que ella se ha impetrado se cumplan. Lo que justifica exigir a quien demanda, una carga en cuanto al sustento y pruebas sobre la violación para que se pueda efectuar en debida forma el debate en ese primer momento procesal.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la suspensión provisional debe ser analizada bajo la égida de un recurso judicial y efectivo para la defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses de los asociados que, por ende, no puede estar sujeta a interpretaciones que hagan nugatoria su efectividad a la luz de la nueva legislación que rige la materia, pues con la reforma que introdujo el legislador no cabe duda que cumplió con la obligación de consagrar medios idóneos para la protección de los derechos de los asociados, materializando el principio de supremacía de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

3. La suspensión provisional es un juicio previo de legalidad que puede ser confirmado o desvirtuado en la sentencia y, en consecuencia, no se puede hablar de prejuzgamiento

Las ideas expuestas anteriormente, me llevan a sostener que cuando el juez de lo contencioso decide sobre la solicitud de suspensión provisional, le corresponde adelantar lo que he denominado un primer juicio o juicio previo de la legalidad del acto²⁷, en el que se debe evaluar, por un lado, las razones de la solicitud y, por otro, las pruebas aportadas, si las hay. Por tanto, el análisis que concierne al funcionario debe ser detallado, profundo, razonado, que le permita una idea preliminar sobre la posible legalidad o no el acto acusado.

De modo que debe entenderse que el legislador le otorgó al juez administrativo un papel dinámico al momento de adoptar la medida cautelar, que lo obliga a realizar un juicio previo de legalidad del acto administrativo cuestionado, sin que ese primer acercamiento o decisión provisional pueda ser entendida como un prejuzgamiento —como bien lo advierte el artículo 229 *ibidem*— porque el legislador, en este caso, le ha otorgado expresamente al juez la competencia para efectuar ese pronunciamiento, el cual puede variar si en el curso del proceso surgen elementos de juicio de carácter normativo y/o probatorio que lo lleven a cambiar esa primera percepción sobre la legalidad o no del acto, asunto que se determinará definitivamente en la sentencia.

Guillermo Cabanellas afirma que no puede hablarse de prejuzgamiento "*cuando la judicatura se pronuncia sobre los escritos que traban la litis. Lo repudiable es la obstinación impermeable a probanzas posteriores y a alegatos con bases más fundadas que la de los escritos iniciales*"²⁸.

En ese contexto, entiendo que prejuzgar implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de **la oportunidad procesal** su criterio sobre el objeto de litis o alguno de sus extremos. Es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto **en una etapa procesal** no prevista para el efecto.

27 En sentencia C-803 de 2006, la Corte Constitucional definió la suspensión provisional como un control de legalidad al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa.

28 Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág. 362.

La Corte Constitucional ha dicho que “*Ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales*”.²⁹

En el caso en estudio, el legislador expresamente advirtió en el artículo 229 que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejuzgamiento, porque entendió que debía habilitar ese momento procesal, previo a la sentencia, para que el funcionario hiciera un primer juicio de legalidad del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda para atender o no la suspensión del acto censurado³⁰, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

En ese sentido, como lo señala Carnelutti³¹, la razón de ser de la cautela es la litis, pero sin los efectos de la sentencia, por cuanto esta es mutable, no implica en sí misma una certeza del derecho o de la relación jurídica, por ello se considera que es accesorio o instrumental al proceso que le da origen y, en consecuencia, no se puede afirmar que su concesión pueda ser entendida como un prejuzgamiento.

Por su parte, el profesor García de Enterría³² señala con acierto que siempre que se habla de una medida de cautela se está ante un derecho incierto, dado que la certeza solo se adquiere cuando la sentencia queda en firme, lo que implica necesariamente un pronunciamiento, un análisis por parte del juez, sin que ello pueda entenderse como la definición de la litis, pues la medida provisoria es mutable y corresponderá a las partes en litigio persuadir al juez de llegar a una decisión diversa en el fallo que es inmutable cuando cobre ejecutoria.

Ese primer juicio, en los términos del artículo 231 del nuevo ordenamiento contencioso administrativo, solo requiere que se sustente la violación de las disposiciones invocadas por parte del demandante y que esta surja o aparezca después del análisis que de ellas se haga con el acto acusado, por tanto, no se requiere demostrar ni i) un perjuicio irremediable, o ii) que los efectos de la sentencia serían nugatorios de no adoptarse la medida cautelar, ni iii) que para el interés público resultaría más gravoso no adoptar la medida cautelar, presupuestos estos necesarios para la procedencia de las otras medidas de cautela. En consecuencia, tampoco se exige la prestación de caución, en los términos del artículo 229.

29 10Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2006, entre otras.

30 Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento, sobre el particular autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

31 Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford University Press. México, Primera Serie. Volumen 4. Pág. 244

32 García de Enterría, Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc. 2004. pág. 66.

Es por ello que nuevamente debo citar al profesor García de Enterría cuando advierte que la pertinencia técnica de las medidas cautelares se justifica por sí misma, en la exigencia de una tutela efectiva, en la concurrencia de unos determinados requisitos técnicos, examinados **con un rigor austero y sin énfasis**³³.

En otros términos, el juez, al momento de resolver la medida de cautela debe hacer un primer esfuerzo para concretar el objeto de la litis y permitir a las partes conocer su raciocinio sobre la vulneración propuesta, lo que les permitirá a aquellas la posibilidad de entrar en el juego dialéctico de convencerlo sobre las razones que tienen para que declare la nulidad o no del respectivo acto.

Por tanto, considero que cuando en ese primer momento el juez hace expresas las razones por las que considera que procede o no la suspensión, tanto la Administración como los ciudadanos podrán dirigir sus esfuerzos argumentativos para lograr convencer al operador que sus reflexiones son equívocas y que, por tanto, las debe variar o mantener. Es decir, el que en la suspensión haga una análisis o examen sobre la vulneración propuesta, garantiza el equilibrio o igualdad de armas entre las partes, pues estas desde la admisión de la demanda podrán conocer la tendencia del juez, lo que les permitirá adecuar y encauzar su defensa, bien para que mantenga ese primer juicio o lo varié, según el interés en discusión. Esta conducta procesal, en mi criterio, es la que realmente efectiviza una posición garantista e igualitaria dentro del proceso.

Bajo esta concepción, entiendo que la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración puede empezar a desvirtuarse desde la misma admisión de la demanda. Es posible que algunos consideren que aquella debe mantenerse hasta que se dicte el fallo definitivo porque solo en este momento las partes han tenido la posibilidad de controvertir, es decir, de ejercer su derecho de audiencia y defensa.

Así, por ejemplo, el profesor argentino Alvarado Velloso considera en relación con las medidas precautelares en general, que “*cuando actualmente se adelante una pretensión procesal y se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otra mal mayor: el de evitar el proceso como medio de defensa*”. Y agrega. “*Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente pueda perderse... y el que de seguro se perderá (el de defensa en el juicio), debe prevalecer este, de claro rango en el orden constitucional*”.³⁴

Sobre el particular es necesario indicar que, en el caso colombiano, esa crítica no sería aceptable, pues precisamente el legislador estableció una etapa previa al decreto de la cautela

33 García de Enterría, Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc. 2004. pág. 86.

34 Alvarado Velloso, Adolfo. Las cautelares procesales. Críticas a las medidas precautelares. Colección Textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág. 164.

en la que el demandado puede pronunciarse. En efecto, el artículo 233 ordena al juez o magistrado competente correr traslado de la solicitud al demandado para que en el término de cinco (5) días se pronuncie sobre la misma. Es decir, sí existe la oportunidad de conocer y fijar una posición antes de que se ordene su decreto.

Para la suspensión provisional que regula el artículo 233 del CPACA, considero que ella no escapa a ese requisito y, en consecuencia, no se puede adoptar sin agotar esa audiencia previa, por lo que la crítica que hace el autor en cita no sería admisible. Pero aún, si esa etapa no se hubiese consagrado, la observación en comentario no sería aceptable, precisamente porque el objeto de esa medida es el restablecimiento de la legalidad que puede alterarse por la actuación de la Administración, razón por la que ha de entenderse que la prevalencia del ordenamiento jurídico prima sobre el derecho que pueda aducir la Administración a defender su acto, el que de todas maneras puede ejercer en el proceso.

Es decir, en términos constitucionales la suspensión provisional se impone en aras de garantizar de manera cautelar el principio de sujeción y la observancia de todas las actuaciones del Estado al bloque de legalidad –incluida la Constitución, que es normativa y vinculante–, porque se repite, en un Estado de Derecho material no pueden existir inmunidades frente al ejercicio del poder.

Precisamente por lo expuesto, es que la única excepción a la regla anterior, es decir, que la suspensión se puede adoptar sin la participación del demandado, es en el medio de control de nulidad electoral, consagrado así en el numeral 6 del artículo 277 de CPACA, por cuanto ordena que la decisión de suspensión se adopte con la admisión de la demanda. Lo que no obsta, huelga decirlo, para que de considerarlo necesario y en una integración normativa, en especiales eventos, se puede admitir y hasta exigir la intervención del demandado para su defensa, lo que en principio, en materia electoral, no es teleológicamente necesario.

Lo expuesto hasta este punto, explica por qué no puedo admitir la afirmación que hace la Sala en los autos que deciden sobre la suspensión provisional en el sentido según el cual *"...es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA, en cuanto ordena que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"*, pues ello parece una advertencia al juez para que no emita pronunciamientos en esta etapa sobre la legalidad del acto circunscrito.

Por tanto me pregunto, si no lo hace, entonces, ¿cómo examinar o estudiar la procedencia de la medida? será que nuevamente y bajo la interpretación basada en el sentido gramatical del vocablo surgir, la Sala va a exigir que la violación sea manifiesta, aparezca de bulto o sea absolutamente evidente como sucedió en vigencia del Decreto 01 de 1984, a efectos de impedir al juez hacer razonamientos para que, en una interpretación errada

del artículo 229 no incurra en una prohibición que este no contempla.

Considero importante ratificar sí, como lo he venido exponiendo en otras providencias, que en esta primera etapa el juez queda o está limitado en su análisis a la interpretación de la demanda y a las normas que se dicen violadas, como a las pruebas aportadas con aquella. Es decir, el operador judicial no puede al estudiar la procedencia de la medida cautelar, traer para su examen preceptos que no fueron alegados como vulnerados por la parte demandante o pruebas que al momento de la decisión sobre la medida no estaban aportadas e incorporadas al proceso.

Se hace esta afirmación, por cuanto al funcionario no le es dado advertir la violación del ordenamiento frente a disposiciones que no fueron expuestas en la demanda o ejercer su función oficiosa para allegar más elementos de prueba que los aportados. En esta etapa previa, entonces, la actividad del juez se ve limitada por la actuación de quien ejerce la acción, quien es el único dueño del entendimiento, es decir, de la apariencia del buen derecho –*fumus bonis juris*– o la *periculum in mora*.

Lo anterior no significa que el juez administrativo, al examinar la solicitud de suspensión no pueda contra argumentar las razones de aquella, por ejemplo, haciendo un interpretación sistemática con preceptos omitidos en la demanda y/o en la solicitud de suspensión o con otros elementos de juicio a su alcance, que permitan inferir otro tipo de análisis o interpretaciones.

Es decir, el juez al momento de decidir sobre la suspensión está llamado a efectuar una valoración juiciosa del ordenamiento para que la decisión de suspensión no quede al arbitrio de la parte que demanda y explicar así por qué procede o no la medida cautelar. Por tanto, debe indagar, entre otros, en los principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto, porque el carácter normativo y vinculante de la Constitución así se lo impone, en aras de mantener o desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto acusado.

Así, el funcionario judicial en aras de garantizar el bloque de legalidad y, en especial, los derechos de quienes puedan resultar afectados con la decisión de suspensión, está en la obligación, por ejemplo, de consultar la interpretación que sobre las normas que se dicen acusadas ha efectuado el tribunal constitucional y la jurisprudencia sobre casos análogos, a efectos de decidir sobre la medida impetrada.

4. El estudio que hizo la Sala en el caso concreto

Pues bien, a pesar de que el auto de objeto de aclaración, en su segmento explicativo de la medida cautelar en materia electoral, conserva muchas de las expresiones que hemos cuestionado, lo cierto es que en la providencia se adelantó un verdadero estudio de fondo.

En efecto, en el auto se afirma que en la actual etapa del proceso no es viable determinar si el requisito relacionado con la vinculación a la región señalado en el artículo 21 de la Ley 119 de 1994 y el manual de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales de los empleados públicos del SENA, puede ser satisfecho mediante actividades como la docencia en una entidad universitaria en el Valle del Cauca, por no advertirse una evidente y flagrante violación del marco de regulación, lo que contraría el nuevo espíritu del CPACA en materia de la suspensión provisional de actos administrativos, por las consideraciones anteriormente expuestas.

Sin embargo, el uso de estas expresiones no impidió que en la providencia comentada se hiciera un análisis de fondo de las razones por las cuales no había lugar a decretar la suspensión provisional, como la interpretación gramatical de las normas invocadas por el actor para solicitar la medida cautelar, según la cual los requisitos de experiencia y de vinculación con la región para el nombramiento en el cargo de Director Regional del SENA son autónomos e independientes. Consecuentemente, al ser requisitos autónomos e independientes, como bien se advirtió en la providencia comentada, no es posible concluir que el acto demandado sea violatorio del artículo 21 de la Ley 119 de 1994 y el manual de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales de los empleados públicos del SENA.

5. El efecto en el que debe concederse el recurso de apelación contra el auto que, en materia electoral, niega la solicitud de suspensión provisional, y sus importantes implicaciones.

Como lo he sostenido en anteriores ocasiones,³⁵ debido a la inexistencia en el CPACA de una norma expresa sobre la materia, considero importante recordar que el recurso de apelación contra el auto que, en materia electoral, niega la solicitud de suspensión provisional, debe ser concedido en efecto devolutivo, y no en el efecto suspensivo como se realizó en el presente caso.

En efecto, en auto de 15 de octubre de 2015, el Tribunal expuso las siguientes razones para conceder en efecto suspensivo el recurso contra la decisión de negar la solicitud de suspensión provisional del acto demandado:

“Por interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 236, 237 y 277 de la Ley 1437 de 2011 el recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 243 de ese mismo cuerpo normativo el cual dispone como regla general lo siguiente: <<(…) El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo (…)>>, norma aplicable en virtud de la remisión expresa contenida en el artículo 296 ibídem (sic) debido a la no existencia de norma especial que establezca un efecto diferente para el auto que deniega

la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado”.

El artículo 243 del CPACA indica que el recurso de apelación, por regla general, se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, eventos en los que se concederá en el efecto devolutivo.

Esos casos se refieren a: 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite. 6. El que decreta las nulidades procesales. 7. El que niega la intervención de terceros. 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Nótese que el caso de autos, en los términos del artículo 243 del CPACA ni siquiera sería objeto de apelación porque en el proceso ordinario no es apelable el auto que “resuelve” sobre la medida cautelar sino, únicamente, aquel que la “decreta”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Legislador, al regular el proceso ordinario y el proceso electoral, empleó dos vocablos distintos en el CPACA para efectos de determinar la procedencia de recursos contra los autos en materia de medidas cautelares. Mientras que en el primer caso, regulado en el numeral 2º del artículo 243, el Legislador previó el carácter apelable del auto “*que decrete una medida cautelar*”; en el segundo caso, consagrado en el último inciso del artículo 277, dispuso que la suspensión provisional se “*resolverá*” en el auto admisorio de la demanda, contra el cual procede el recurso de reposición, en los procesos de única instancia, y el de apelación, en los procesos de primera instancia.

El uso de estos dos vocablos no fue casual ni desprevenido, ni dichos términos pueden ser considerados como sinónimos, como se desprende de la lectura de otros preceptos de esta misma codificación, en los cuales se advierte una clara diferencia entre los verbos “*decretar*” y “*resolver*”. Basta con citar los siguientes ejemplos para demostrar esta afirmación.

En el mismo numeral 2º del artículo 243 del CPACA el Legislador dispuso el carácter apelable del auto “*que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite*”. Nótese como, en lugar de emplear únicamente el verbo decretar para hacer referencia a las distintas clases de providencias allí enunciadas o de haber usado exclusivamente el verbo resolver, el Legislador empleó dos verbos distintos en un mismo numeral, lo que da a entender que su significado no es equiparable.

De igual manera, en el numeral 5º del artículo *Ibidem*, está prevista la procedencia del recurso de apelación contra el auto “*que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios*”, mientras que en el numeral 6º de la misma disposición se encuentra enumerado el “*auto que decreta las nulidad procesales*” como una providencia susceptible de dicho recurso.

³⁵ Ver aclaración de voto de 31 de marzo de 2014. Expediente No. 760012333000201301316-01.

En cambio, para hacer referencia a las providencias que resuelven de manera negativa las solicitudes realizadas por las partes, el artículo en comento emplea los verbos "negar" o "denegar", como sucede en los numerales 7º y 9º, según son apelables los autos "que niega[n] la intervención de terceros" y los "que deniega[n] el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente".

Estos ejemplos bastan para demostrar que a lo largo del CPACA los vocablos "decretar" y "resolver" son usados para hacer alusión a situaciones distintas y no pueden ser confundidos o considerados como sinónimos, pues de lo contrario se estaría desconociendo el principio del efecto útil de las normas, según el cual "entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero".³⁶

En ese entendido, y en atención al principio hermenéutico anteriormente referido, las disposiciones que regulan la procedencia del recurso de apelación contra providencias judiciales deben interpretarse de la siguiente manera:

- El verbo "decretar" es utilizado para hacer referencia a aquellas providencias que conceden positivamente una solicitud formulada por alguna de las partes del proceso (p.e. la solicitud de medida cautelar en el proceso ordinario o un incidente de nulidad procesal).
- Los verbos "negar" y "denegar" son empleados para hacer referencia a aquellas providencias que deciden de manera negativa una solicitud formulada por alguna de las partes

del proceso (p.e. la solicitud de pruebas o un incidente de nulidad procesal).

- El verbo "resolver" es usado para hacer referencia a aquellas providencias que deciden, en cualquier sentido, una solicitud formulada por alguna de las partes del proceso (p.e. la liquidación de la condena o de los perjuicios o la solicitud de la suspensión provisional en el proceso electoral).

Por lo anterior, y como es apenas natural, en el artículo objeto de estudio no encontraremos ninguna regla que nos indique cuál es el efecto en el que debe concederse la apelación contra el auto que negó la medida precauteladora. No obstante, como el artículo 277 del CPACA también otorga el mismo recurso respecto de la decisión negativa, lo cierto es que debemos, analógicamente, concederlo en el mismo efecto previsto para el segundo de los eventos de su artículo 243.

De conformidad con las anteriores consideraciones, debe reprocharse la interpretación realizada por el Tribunal en el auto de 15 de octubre de 2015, dado que el recurso de apelación contra el auto que denegó la suspensión provisional debió concederse en el efecto devolutivo y no en el efecto suspensivo.

Atentamente,

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 1992. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de octubre de 2012, radicado 25000-23-24-2004-00523-01. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

**PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda/
SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por
cuanto no se encuentran los elementos
necesarios para decretarla/CONSEJO DE
GOBIERNO JUDICIAL - Suspensión provisional
del acto de elección de los Representantes de
los Jueces y Magistrados y Empleados**

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda presentada por el ciudadano Federico González Campos y sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró la elección de los señores Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria como representantes de los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República, y de los empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno Judicial, respectivamente.

Citó como transgredidos los artículos 13, 40, 258 y 263 de la Constitución Política, “337” del CPACA y el anexo del Acuerdo No. 06 de 2015 proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Estructuró el concepto de la violación alegada a partir de tres causales de nulidad: (i) la violación de las normas que controlan la expresión de la voluntad popular, (ii) la violación de los derechos fundamentales de los candidatos y (iii) la expedición irregular del acto de declaratoria de elección.

En primer lugar, en lo referente a la vulneración de los artículos 13 y 40 de la Constitución es de precisar que contrario a lo sostenido por el accionante, a partir de las decisiones judiciales del 25 de agosto de 2015, proferidas dentro de los procesos de nulidad simple contra acto de contenido electoral y de nulidad por inconstitucionalidad, 2015-00018 y 2015-00021, respectivamente, que se profirieron a petición del ahora demandante quien funge como actor en los citados procesos, fue que se le garantizó a los aspirantes a representar a los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República y a los empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno Judicial su derecho a elegir y ser elegidos sin mayores limitantes que los conferidos por el constituyente derivado en el Acto Legislativo 02 de 2015 pero bajo el condicionamiento que estableció este mismo en el sentido que dichas elecciones se debían realizar dentro del término de “dos meses contados a partir de la entrada en vigencia de este acto legislativo”.

Tampoco se evidencia la transgresión al debido proceso invocada por el demandante y fundada en los artículos 29 de la Constitución pues como se indicó existía un plazo otorgado por la reforma constitucional que se debía cumplir y el sorteo que se dio de los demás candidatos fue producto de la citada orden judicial, la cual se profirió con la finalidad de no traumatizar el proceso electoral garantizando el derecho a elegir y ser elegido tanto de empleados como de funcionarios judiciales en los términos antes referidos que consagró el constituyente derivado.

En segundo lugar, en lo referente a que se vulneraron los artículos 258 y 263 de la Constitución Política porque no se garantizó que el voto fuera secreto y libre de toda perturbación, es de indicar que el artículo 263 Superior se refiere a que los partidos políticos deben presentar listas y candidatos únicos en las elecciones por voto popular, circunstancia que no acontece en sub examine por lo que la Sala se releva de estudiar dicha norma, ya que no nos encontramos ante ese tipo de elección.

Finalmente, en relación con el reproche referente a los escrutinios consistente en que “la administración violó su propio reglamento, que establecía la formalidad para contener los resultados de los escrutinios en el formulario C1-14 y que en la práctica fue cambiado y reemplazado por un software administrado por los ingenieros de las Altas Cortes” y sin que “la mesa de seguimiento y transparencia ordenada por la propia Comisión” hubiese tenido ninguna actuación, es de indicar que revisado el anexo del Acuerdo No. 06 de 2015, dictado por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, se evidencia que existían dos modalidades de votación una manual y otra electrónica, que el acta C.I-14 debía consignar, entre otros, los votos nulos, los no marcados, las constancias si existían más votos que votantes, en fin información propia del voto tipo manual y no electrónico, permite a la Sala inferir que tal acta se encontraba diseñada para el evento que toda la votación no fuese realizada por este último mecanismo. Así las cosas, atendiendo los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tal como ha sido señalado por esta Corporación, y ante la falta de prueba que permita dar certeza de la forma en que fue llevada a cabo la votación de las elecciones demandadas, la Sala, en esta etapa del proceso, no puede realizar un estudio que le permita concluir si se transgredió o no el protocolo anexo al Acuerdo No. 06 de 2015, proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, en lo referente a la forma de realizar los escrutinios.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00023-00

Actor: Federico González Campos

Demandados: Representantes al Consejo de Gobierno Judicial

Auto que admite la demanda y decide la suspensión provisional

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda presentada por el ciudadano Federico González Campos y sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del

acto administrativo por medio del cual se declaró la elección de los señores Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria como representantes de los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República, y de los empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno Judicial, respectivamente.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la parte actora instauró demanda con el objeto de que se declare la nulidad de la elección como representantes al Consejo de Gobierno Judicial de los señores **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO Y MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA**.

Textualmente las pretensiones fueron:

“(…) obtener la nulidad del **Acuerdo N° 11 del 2 de septiembre de 2015**, cuya parte decisoria contiene; primero, la oficialización de las votaciones ocurridas el 1° de septiembre del presente año, y segundo, la declaración de los electos y actuales demandados como representantes de Magistrados de Tribunal, Jueces y empleados de la Rama Judicial, para conformar el **CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL**, con las consecuencias previstas en el artículo 288 del CPACA.

No obstante, de existir **ACTA DE ESCRUTINIO** de las respectivas elecciones, como quiera que no se dio a conocer por medio de publicidad alguno, ni aparece en la página web institucional solicito igualmente su nulidad, de conformidad con los hechos, cargos y fundamentos que a continuación se exponen”.

El demandante alegó como fundamentos de derecho (i) la violación de las normas que controlan la expresión de la voluntad popular, (ii) la violación de los derechos fundamentales de los candidatos y (iii) la expedición irregular del acto de declaratoria de elección.

Señaló como normas vulneradas los artículos 13, 29, 47, 258 y 263 de la Constitución Política y el protocolo para el proceso de elección de los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial, anexo al Acuerdo No. 06 de Julio 17 de 2015, por las siguientes circunstancias acaecidas en el proceso eleccionario:

- a. No se respetó la regla de aleatoriedad en la segunda asignación de los números de los tarjetones a los candidatos.
- b. El material electoral presentaba severas equivocaciones, en su caso concreto aparece como candidato de los empleados, siendo que por su condición de Juez de la República debería representar a los funcionarios judiciales.
- c. Ocurrió un quiebre en las condiciones de igualdad entre los candidatos inscritos al primer cierre, el 14 de agosto de

2015, frente a los que se inscribieron el 29 y 31 de agosto de la misma anualidad, —extensión ordenada por auto de 25 de agosto de 2015 de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Sección Quinta del Consejo de Estado— pues, estos últimos no tuvieron oportunidad de hacer campaña, y frente a los que nunca se enteraron de la extensión del plazo de inscripciones.

- d. La declaratoria de elección contenida en el Acuerdo No. 11 de 2 de septiembre de 2015, no cumplió con lo establecido en el protocolo de escrutinios, documento anexo al Acuerdo No. 06 de julio 17 de 2015, en lo relacionado con que dicha declaratoria debió haberse dado luego del examen de las actas firmadas por los jurados de votación, pese a ello, lo que se utilizó para tal declaratoria fue un software suscrito por los ingenieros de las altas cortes.
 - e. La inclusión de candidatos que no cumplían requisitos, como el señor ROMELIO ELÍAS DAZA MOLINA, candidato para Representante de Jueces y Magistrados, siendo que su cargo en la Rama Judicial es en la Sala Administrativa del Consejo seccional de la Judicatura del Meta, y no cumple el requisito de operador judicial.
 - f. Por último, alegó que, en las votaciones del 2 de septiembre de 2015, no se garantizó el voto secreto pues no se dispuso de los mecanismos indispensables para tal fin como el uso de cubículos.
2. Mediante providencia de 23 de septiembre de 2015, el Despacho Ponente consideró que no se daban los requisitos para tramitar la solicitud de medida provisional como de urgencia por lo que ordenó correr traslado a los demandados de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

3. En memorial radicado en la Secretaría de esta Sección el 8 de octubre del año en curso, el demandado, **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO**, por intermedio de apoderado, sostuvo que la sustentación de la medida cautelar “*se limita a hacer referencias vagas, sin mayor fundamentación a las normas que se suponen han sido infringidas*”. Que dentro del escrito que pide la suspensión provisional de acto acusado solo se enunciaron como trasgredidos los artículos 13, 40, 258 y 263 de la Constitución Política.

En relación con las razones expuestas por el actor por las cuales resulta necesario que se decrete la medida cautelar deprecada, indicó que las mismas se limitaron a manifestar que existía un “*peligro*” en que los elegidos para integrar el Consejo de Gobierno Judicial realizarán actuaciones que se encontrarían dentro del marco normal de las funciones que fueron destinadas para esos cargos. Que tal fundamento “*lejos de sumar argumentos para que sea decretada, solo da cuenta que la misma no es necesaria dentro del trámite de un proceso electoral cuya celeridad permitiría resolver los motivos de reproche contenidos en la demanda con la prontitud necesaria*”.

Que no existió la infracción al derecho a la igualdad por cuanto lo que sucedió fue una adecuación de nuevos plazos de inscripción, a partir de la decisión judicial de 25 de agosto de 2015 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual fue confirmada, en auto de 25 de septiembre del año en curso, por la Sala de Súplica de esa misma Sección y Corporación.

Aportó copia del tarjetón de los representantes por los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República e indicó que del mismo se observa que contiene en la parte superior el siguiente encabezado: “ELECCIÓN REPRESENTANTES FUNCIONARIOS Periodo 2015-2019”, dando a entender claramente que los que allí aparecían eran Jueces de la República o Magistrados del Tribunal y “*que el tarjetón definitivo conservó las mismas características*” del diseñado inicialmente.

Finalmente, manifestó que el sistema de voto electrónico fue instalado en todas las sedes judiciales del país, con dos computadores: uno para la votación de los funcionarios, y otro para el de los empleados, en cuyo sistema no se podía votar por unos u otros, es decir, Jueces de la República y Magistrados de Tribunal por empleados ni viceversa porque el propio sistema lo rechazaba.

4. Por su parte, la demandada **MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** pese a ser debidamente notificada del auto de 23 de septiembre de 2015, para que ejerciera su derecho de defensa en el trámite de la medida cautelar, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 –modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003–, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso y por ende para decidir sobre la admisión y la solicitud de suspensión provisional del acto demandado en virtud del inciso final del artículo 277 del CPACA.

En consideración a que en el presente proceso se está demandando el Acuerdo No. 11 de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial en el cual se declaró la elección de **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO Y MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** como Representantes de los Jueces y Magistrados y Empleados al Consejo de Gobierno Judicial, respectivamente, y la demanda se fundamenta en la presunta ocurrencia de irregularidades durante el proceso electoral, teniendo en cuenta que se trata de una misma elección en el mismo órgano, como lo es el Consejo de Gobierno Judicial, no se trata de elección popular y los cargos se dirigen a cuestionar el proceso electoral como tal, en aplicación de los principios de celeridad y de economía

procesal, se tramitará de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación en un solo proceso¹.

2. Admisión de la demanda

En materia electoral, la demanda debe reunir las exigencias previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con la designación de las partes, expresión clara y precisa de lo que se pretende con los respectivos fundamentos de derecho, señalamiento de las normas violadas y el concepto de su violación, los hechos y omisiones determinados, clasificados y numerados, la petición de pruebas y el lugar de dirección y notificación de las partes, así como acompañarla con la copia del acto acusado. Además la presentación se debe dar dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del mismo Código que establece:

“La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código”.

En el presente evento la demanda cumple los requisitos exigidos en los artículos 162 y 163 *ibidem* comoquiera que: (i) están identificadas las partes; (ii) el objeto de la pretensión es preciso y claro; (iii) los fundamentos fácticos se presentaron en forma separada, numerada y determinada; (iv) en acápite independiente se indicaron las normas presuntamente violadas, así como los argumentos del concepto de su violación y; (v) se acompañó copia hábil del acto acusado.

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de los términos para la presentación² y sus anexos³, observa la Sala que la demanda se ajusta a tales exigencias, por lo cual se **admitirá** frente a la solicitud de nulidad del Acuerdo No. 11 de 2015 “*Por medio del cual se declaran elegidos los Representantes de Magistrados de Tribunal y Jueces y Empleados de la Rama*

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 2011-00061-00 Actor: José Antonio Quintero Jaimes. Sentencia de 28 de Octubre de 2012. Rad. 2010-00628-02. Actor: Rigoberto Quintero Camacho sentencia de 18 de julio de 2013.

2 Según el Acuerdo No. 11 de 2015 la declaratoria de elección se produjo el 2 de septiembre de 2015. Así, la demanda se presentó en oportunidad legal pues se radicó ante la Secretaría de esta Sección el 18 de septiembre del año en curso, esto es, 12 días después de su expedición.

3 La copia del acto demandado obra a folios 83 a 85 del expediente.

Judicial para conformar el Consejo de Gobierno Judicial” que es el acto administrativo definitivo⁴ susceptible de ser demandado en nulidad electoral de conformidad con el artículo 139 del CPACA.

3. Suspensión Provisional

Tal como ha sido señalado por esta Sala Electoral⁵ la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁶ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente solo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “*suspensión provisional*”.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar *i)* se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y *ii)* al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁷.

Por otra parte en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar debe ser adoptada, por regla general, en el auto admisorio, salvo que existan las circunstancias que permitan tomar una medida cautelar de urgencia, con fundamento en el artículo 234 *ibidem*.

Así mismo, como lo ha indicado esta Sala Electoral en pronunciamientos anteriores⁸, el papel más activo que se le otorgó al juez con las dinámicas implementadas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le dieron amplias facultades en cuanto a la aplicación de herramientas de cautela con miras a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁹, mientras se enjuicia la legalidad y la constitucionalidad del acto acusado.

4. Caso concreto

Comienza la Sala por precisar que el actor propuso en el numeral 5º del libelo de la demanda, la solicitud y sustentación de la medida cautelar deprecada, de conformidad con los fundamentos de derecho desarrollados en el mismo, a los cuales se remitió expresamente. Citó como transgredidos los artículos 13, 40, 258 y 263 de la Constitución Política, “337” del CPACA y el anexo del Acuerdo No. 06 de 2015 proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial. Estructuró el concepto de la violación alegada a partir de tres causales de nulidad: (i) la violación de las normas que controlan la expresión de la voluntad popular, (ii) la violación de los derechos fundamentales de los candidatos y (iii) la expedición irregular del acto de declaratoria de elección.

⁴ Artículo 43: “Actos definitivos: Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁶ González Rodríguez, Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

⁷ Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto de 18 de junio de 2015. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁹ Art. 229 del CPACA.

Teniendo de presente lo anterior, procede la Sala a hacer un recuento de los argumentos expuestos por las partes para posteriormente indicar si existen las condiciones necesarias para decretar la medida cautelar solicitada.

Frente a la primera causal, el actor reprochó la manera como se realizaron los comicios puesto que en su criterio existieron irregularidades en los mismos, como el que no se dispuso de un mecanismo que garantizara el voto secreto, autónomo y libre de toda perturbación, error o confusión. Sostuvo que tal afirmación se podía probar a partir de las fotografías, que anexo a la demanda, en las que se aprecian algunas mesas de votación con sus correspondientes jurados.

Además, manifestó que era “sustancial” que en los tarjetones se precisara el nombre y número visible del candidato así como el cargo de juez, magistrado o empleado de la Rama Judicial, circunstancia que no aconteció, puesto que en su caso se le identificó como candidato de los empleados sin tener en cuenta que ostentaba la calidad de funcionario, para corroborar tal reproche, aportó copia de un formulario electoral en el que se lee que es escribiente, y otro en el que no se indica dicho cargo sino la seccional a la que pertenece pero en ambos casos se encuentra al lado del demandado que resultó elegido como representante de los jueces de la República y magistrados de Tribunal ante el Consejo de Gobierno Judicial.

Que se permitió la inscripción un candidato para representar a los funcionarios judiciales pese a no cumplir con tal condición.

Frente a la segunda causal de invalidez alegó que no existió igualdad de oportunidades frente a todos los candidatos ya que algunos tuvieron 17 días para recorrer el país y hacer campaña mientras que otros solo tuvieron un día o incluso ningún día, lo que evidentemente constituye un trato diferenciado que transgrede los artículos 13 y 40 de la Constitución Política, pues no se ofrecieron condiciones iguales para elegir y ser elegidos en razón a que no se permitió la regla de aleatoriedad en la asignación de los números de los tarjetones a los candidatos que fueron inscritos después del auto de 25 de agosto de 2015 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Que tal circunstancia también vulnera “el artículo 337 del CPACA que proscribe el desconocimiento del derecho a ser oído y a participar en la defensa de sus intereses en condiciones de igualdad”¹⁰.

En relación con la tercera causal sostuvo que existió una violación en el proceso de expedición del acto acusado porque “la administración violó su propio reglamento, que establecía la formalidad para contener los resultados de los escrutinios en el formulario CI-14 y que en la práctica fue cambiado y reemplazado por un software administrado por los ingenieros de las Altas Cortes” y sin que “la mesa de seguimiento y transparencia ordenada por la propia Comisión” hubiese tenido ninguna actuación.

Como se indicó, el actor allegó como sustento probatorio de lo anterior, entre otros, los siguientes documentos: i) copias de los tarjetones utilizados en el proceso electoral; ii) fotografías de las pantallas de computadores y mesas, donde se ejerció el derecho al voto.

Por su parte el apoderado del demandado **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO** estimó que los argumentos alegados por el accionante para que se decretara la medida cautelar impetrada no tienen la suficiencia para alcanzar el fin deseado y aportó copia del tarjetón electoral del representante de los funcionarios ante el Consejo de Gobierno Judicial para el periodo 2015-2019.

Atendiendo entonces la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA, consistente en analizar la simple contraposición entre el acto acusado y las normas invocadas como vulneradas, la Sala observa que, en esta etapa del proceso, no aparece divergencia o contradicción, o que lo normado en las disposiciones constitucionales y legales se oponga a lo dispuesto en el acto de elección cuestionado individual y objetivamente consideradas por las siguientes razones:

En primer lugar, en lo referente a la vulneración de los artículos 13 y 40 de la Constitución es de precisar que contrario a lo sostenido por el accionante, a partir de las decisiones judiciales del 25 de agosto de 2015, proferidas dentro de los procesos de nulidad simple contra acto de contenido electoral y de nulidad por inconstitucionalidad, 2015-00018 y 2015-00021, respectivamente, que se profirieron a petición del ahora demandante quien funge como actor en los citados procesos, fue que se le garantizó a los aspirantes a representar a los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República y a los empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno Judicial su derecho a elegir y ser elegidos sin mayores limitantes que los conferidos por el constituyente derivado en el Acto Legislativo 02 de 2015 pero bajo el condicionamiento que estableció este mismo en el sentido que dichas elecciones se debían realizar dentro del término de “dos meses contados a partir de la entrada en vigencia de este acto legislativo”¹¹.

Tampoco se evidencia la transgresión al debido proceso invocada por el demandante y fundada en los artículos 29 de la Constitución pues como se indicó existía un plazo otorgado por la reforma constitucional que se debía cumplir y el sorteo que se dio de los demás candidatos fue producto de la citada orden judicial, la cual se profirió con la finalidad de no traumatizar el proceso electoral garantizando el derecho a elegir y ser elegido tanto de empleados como de funcionarios judiciales en los términos antes referidos que consagró el constituyente derivado.

Por otro lado, en relación con el reproche referente a que se permitió la inscripción de una persona que no cumplía con la condición de funcionario judicial, puesto que era magistrado de la Sala Administrativa del Consejo seccional de

10 Fol. 16 del expediente.

11 Artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015.

la Judicatura del Meta, y no cumple el requisito de operador judicial, es de indicar, que tal se encuentra dirigida no como un reproche en contra de los elegidos, que valga reiterar no han sido cuestionados porque adolezcan de requisitos, sino como un argumento con el cual el actor pretende demostrar que presuntamente existieron irregularidades al momento de la inscripción, del cual no existe prueba y que para su análisis es necesario contar con todos los elementos para el estudio de tal reproche, por lo tanto, será en la sentencia en la que se analizará tal cuestionamiento.

Ahora bien, frente al reproche del “*artículo 337 del CPACA*” es de indicar que esa norma no existe en dicha codificación, por lo tanto, la Sala no podría hacer un pronunciamiento frente a la misma, circunstancia que la releva del tal estudio.

Así las cosas, no se advierte en esta etapa del proceso, *ab initio* del mismo, que se encuentren transgredidas las normas estudiadas, lo que no significa que durante el trámite del mismo se pueda evidenciar que la autoridad que profirió el acto acusado realizó alguna conducta atentatoria de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 29 y 40 de la Carta Política.

En segundo lugar, en lo referente a que se vulneraron los artículos 258 y 263 de la Constitución Política porque no se garantizó que el voto fuera secreto y libre de toda perturbación, es de indicar que el artículo 263 Superior se refiere a que los partidos políticos deben presentar listas y candidatos únicos en las elecciones por voto popular, circunstancia que no acontece en *sub examine* por lo que la Sala se releva de estudiar dicha norma, ya que no nos encontramos ante ese tipo de elección.

Ahora bien, en lo referente a la trasgresión del artículo 258 Superior, norma que garantiza que el voto debe ser secreto, es de precisar que a dicha norma literalmente preceptúa:

“El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza **sin ningún tipo de coacción y en forma secreta** por los ciudadanos **en cubículos individuales** instalados en cada mesa de votación **sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos**. En las elecciones de candidatos **podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas** en papel que ofrezcan seguridad las cuales serán distribuidas oficialmente. (...) La ley podrá implementar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.

(...)

Parágrafo 2°. **Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones”.**

La anterior norma es clara en establecer que: **i)** el voto debe ser ejercido de forma secreta y sin ninguna coacción; **ii)** que este se

puede realizar de forma electrónica, para garantizar su agilidad o transparencia, o, de forma manual; y que **iii)** la utilización de cubículos debe ser entendida sin perjuicio del uso de los medios electrónicos.

Es decir, que siempre se deben garantizar que no exista coacción frente al votante y que el voto sea ejercido de forma secreta en cubículos individuales pero sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos.

Ahora bien, para demostrar dicho reproche el actor aporta unas impresiones de fotografías de un puesto de votación que presuntamente se tomaron el día de la elección de los demandados, pero de las mismas, en este momento procesal, no se puede obtener la certeza de la autenticidad de dicha fecha ni los demás elementos necesarios para darle valor probatorio, por lo tanto, la Sala no puede en esta etapa del proceso realizar el estudio de la misma con la finalidad que pretende el actor, que no es otra que se decrete la suspensión provisional del acto acusado y posteriormente su anulación.

Por otra parte, en relación con las copias de los tarjetones electorales aportados por el actor con la demanda, es de precisar que las que se encuentran a folios 22, 23 y 39 del expediente, consignan la foto del actor y se indica debajo de ella “*ESCRIBIENTE MUNICIPAL - SECCIONAL BOGOTÁ*”, pero las visibles a folios 37 y 38, indican por ahora que el tarjetón en el que aparece el demandante es para la elección de los representantes funcionarios, que su foto aparece con el número 4 y debajo de su foto se lee “*SECCIONAL BOGOTÁ*”.

Que en todos los tarjetones aportados por el accionante se observa que este se encuentra en el formulario electoral diseñado para los representantes ante el Consejo de Gobierno Judicial de los funcionarios judiciales, e incluso siempre al lado del demandado **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO**, quien resultó electo como representantes de los jueces de la República y magistrados de tribunal ante dicho órgano Gobierno Judicial.

También es de indicar que en el anexo del Acuerdo No. 06 “*Protocolo para el proceso de elección de los Magistrados de Tribunal y Jueces de la República y empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial*” se indicó que la tarjeta electoral debería contener “*las fotos de los candidatos con número de identificación asignado*” (fl. 48), es decir, que no se estableció que tendría el cargo del candidato, en razón muy seguramente a que existían dos tarjetones, uno para funcionario (jueces y magistrados de Tribunal) y otro para empleado de la Rama Judicial.

Además, revisado el contenido del Acuerdo No. 08 de 14 de agosto de 2015, proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial¹² se observa que desde esa fecha al actor fue sorteado como candidato de los magistrados de tribunal y jueces de la República, correspondiéndole el número 04, además, es de anotar que el señor González Campos no se encuentra dentro de los candidatos que pretendían representar

12 Fls. 55 a 61.

a los empleados de la rama judicial en ninguno de los acuerdos que dieron a conocer los listados de dichas candidatura.

Por su parte el demandado **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO** al ejercer el derecho de defensa aporta una copia de tarjetón para la elección de los representantes de los funcionarios ante el Consejo de Gobierno Judicial en la que debajo de la foto del demandante se consigna el número 04, su nombre completo y debajo “Seccional Bogotá”, además, sostiene que tal formulario electoral siempre ha conservado las mismas características.

En consecuencia, ante la existencia de dos tarjetones aportados por el actor, y de los argumentos y prueba allegada por el demandado, la Sala precisa que en este estado procesal no existe la contundencia probatoria necesaria para tomar la decisión de decretar la medida cautelar a partir de dichas pruebas pues será necesario determinar cuál fue el tarjetón definitivo y si en este se consignó algún elemento que pudiese haber afectado el derecho a ser elegido del demandado así como si por tal circunstancia se afectó los derechos de los electores asuntos que serán abordados en la sentencia.

Finalmente, en relación con el reproche referente a los escrutinios consistente en que *“la administración violó su propio reglamento, que establecía la formalidad para contener los resultados de los escrutinios en el formulario C1-14 y que en la práctica fue cambiado y reemplazado por un software administrado por los ingenieros de las Altas Cortes”* y sin que *“la mesa de seguimiento y transparencia ordenada por la propia Comisión”* hubiese tenido ninguna actuación, es de indicar que revisado el anexo del Acuerdo No. 06 de 2015, dictado por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, se evidencia que existían dos modalidades de votación una manual y otra electrónica, que el acta C.I-14 debía consignar, entre otros, los votos nulos, los no marcados, las constancias si existían más votos que votantes, en fin información propia del voto tipo manual y no electrónico, permite a la Sala inferir que tal acta se encontraba diseñada para el evento que toda la votación no fuese realizada por este último mecanismo.

Tal afirmación tiene como fundamento que el mismo documento anexo al regular el voto electrónico establece:

“4. El sistema solamente permitirá un voto por persona e identificará si el servidor judicial ya sufragó en las mesas de votación, las cuales contarán con un computador debidamente enlazado con la aplicación virtual para ejercer el control correspondiente.

5. El sistema controlará que el votante asigne su voto al grupo que corresponda, es decir, si el empleado solo podrá votar por el candidato de los empleados de la Rama Judicial y si es Magistrado de Tribunal o Juez de la República solo podrá votar por el candidato de dicho grupo.

(...)

Así las cosas, con la utilización del voto electrónico no existirían

por ahora votos nulos o más votos que votantes, datos que debían ser consignados en el acta C.I-14.

La anterior permite concluir que para la exigencia de la citada acta es necesario determinar el mecanismo por el cual se realizó la votación, con miras a establecer que toda la votación no se surtió a través del voto electrónico.

Así las cosas, atendiendo los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tal como ha sido señalado por esta Corporación,¹³ y ante la falta de prueba que permita dar certeza de la forma en que fue llevada a cabo la votación de las elecciones demandadas, la Sala, en esta etapa del proceso, no puede realizar un estudio que le permita concluir si se transgredió o no el protocolo anexo al Acuerdo No. 06 de 2015, proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, en lo referente a la forma de realizar los escrutinios.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 231, 276 y 277 del CPACA la Sala,

RESUELVE:

Primero: Admitir la demanda de nulidad electoral promovida por el señor **FEDERICO GONZÁLEZ CAMPOS** contra la elección de **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO** y **MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** como Representantes de los Jueces de la República y Magistrados de Tribunal y de los empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno Judicial, por lo que se dispone:

1. Notifíquese a los señores **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO** y **MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

2. Notifíquese personalmente a todos los integrantes la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial por ser la autoridad que profirió el acto demandado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

3. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

4. Notifíquese por estado a la parte actora.

5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del CPACA.

¹³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001031500020140379900. M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Auto de 17 de marzo de 2015. “El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho”.

Segundo: No decretar la suspensión provisional del acto que declaró la elección de los señores **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO** y **MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** como representantes de los Jueces de la República y Magistrados de Tribunal y empleados de la Rama Judicial, respectivamente, solicitada por el demandante, con fundamento en los motivos expuestos.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Rocío Araújo Oñate

Consejera de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

**PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda/
SUSPENSIÓN PROVISIONAL - El acto de
declaratoria de elección del Representante de
los Jueces y Magistrados se expidió de forma
irregular/CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL -
Suspensión provisional del acto de elección de
los Representantes de los Jueces y Magistrados
y Empleados**

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda presentada por el ciudadano William Efraín Castellanos Borda y sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró la elección de Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria como Representantes de los Jueces y Magistrados y Empleados, respectivamente, al Consejo de Gobierno Judicial. (...) es claro que en 316 mesas en el cuadro en precedencia, existen inconsistencias en la sumatoria de los votos depositados. Tales inconsistencias recaen sobre 2854 votos, lo que significa que estos fueron sumados o restados erróneamente en las mesas reseñadas.

Aunque, tal como lo señala el actor, del documento analizado es imposible determinar a qué candidato fue asignada o restada la votación, estos votos, que fueron equivocadamente descontados o adicionados en las mesas de votación señaladas, puede tener la entidad suficiente para afectar el resultado electoral, puesto que se constituye en el 62.6% de la votación total para Representante de Funcionarios, que fue de 4559 votos –según el Acta de Escrutinio General que obra a folio 191 del expediente– y la diferencia entre el candidato electo como Representante de los Jueces y Magistrados, y el segundo en votación fue de 345 votos –según la misma Acta de Escrutinio General–.

Entonces, resulta evidente para esta Sala Electoral, que las inconsistencias en la sumatoria de los votos en el Acta de Escrutinio General Representante de los Funcionarios-2015, es de tal entidad que resultaría afectado el resultado final, puesto que supera más de tres veces el número de votos obtenido por el candidato que resultó electo que fue de 824 votos.

Del anterior análisis, no existe hesitación alguna en esta etapa procesal sobre las irregularidades acaecidas en el proceso electoral adelantado por la Comisión Interinstitucional, específicamente en la consolidación de los resultados en el Acta de Escrutinio General para Representante de los Funcionarios, por lo que viciado el procedimiento que conllevó a la declaratoria de la elección del Representante de los Jueces y Magistrados, y por lo representativo y relevante del número de votos alterados, frente a la votación total, y la votación obtenida por los elegidos es ostensible su incidencia en el resultado final, por lo que es evidente que dicha elección resultó afectada. (...).

En razón a que, si bien es cierto que la acción de nulidad electoral, por mandato constitucional, debe decidirse en un término máximo de 6 meses si se trata de única instancia, como

en este caso, el constituyente derivado en el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 –Reforma Equilibrio de Poderes– indicó un procedimiento eleccionario concreto y específico para la conformación del nuevo órgano encargado de gobernar y administrar la Rama judicial, que establece plazos perentorios para la elección escalonada de sus miembros estamentarios y permanentes, así como del gerente, por esta razón, estima la Sala que es indispensable que se garantice tanto para los electores como para los elegidos de los Representantes de los jueces y Magistrados y Empleados la efectiva representación, y que esta corresponda a la verdadera voluntad de sus pares, tal como fue establecido en la Reforma Constitucional de 2015; por consiguiente, es evidente que en el asunto objeto de debate concurren los dos principios antes referidos, puesto que la irregularidades en la elección de funcionarios son de tal magnitud que el resultado no refleja la verdadera voluntad de los electores. Por lo tanto mientras se surte el trámite del proceso, es menester decretar la medida de suspensión provisional del acto de elección del representante de los funcionarios, pues tal como se ha indicado está demostrado que existen razones para desatender la presunción de legalidad del acto demandado, en virtud de proteger el principio de apariencia de buen derecho.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las falencias en la consolidación de la votación en el Acta de Escrutinio General para representante de Funcionarios son de la entidad suficiente para modificar los resultados, considera esta Sala de decisión que el acto de declaratoria de elección del Representante al Consejo de Gobierno Judicial de los Jueces y Magistrados se expidió de forma irregular por lo que se debe decretar la suspensión provisional del Acuerdo No. 11 de 2 de septiembre de 2015 “Por medio del cual se declaran elegidos los Representantes de Magistrados de Tribunal y Jueces y Empleados de la Rama Judicial para conformar el Consejo de Gobierno Judicial” en lo referente a la elección de Vicente Calixto de Santis Caballero.

Por tanto habiendo valorado las pruebas referenciadas conforme a la sana crítica, sistema consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, las reglas de la lógica y la experiencia, llevan a la persuasión racional, libre de discrecionalidades y arbitrariedades, acerca del conocimiento de que la irregularidades y falencias en el proceso de elección de los Representantes al Consejo de Gobierno Judicial afectaron el resultado final de la votación.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00026-00

Actor: William Efraín Castellanos Borda

Demandado: Representantes al Consejo de Gobierno Judicial

Auto que admite demanda y decide suspensión provisional

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda presentada por el ciudadano William Efraín Castellanos Borda y sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró la elección de Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria como Representantes de los Jueces y Magistrados y Empleados, respectivamente, al Consejo de Gobierno Judicial.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la parte actora instauró demanda con el objeto de que se declare la nulidad de la elección como Representantes al Consejo de Gobierno Judicial de Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria, y presentó las siguientes pretensiones:

“**Primero:** la nulidad de la jornada electoral llevada a cabo el 1 de septiembre de 2015, tendiente a elegir al Representante de los Magistrados y Jueces y Representante de los empleados ante el Consejo de Gobierno Judicial.

Segundo: La nulidad del Acuerdo No. 11 del 2 de septiembre de 2015, por medio del cual, la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial declaró la elección de los señores Vicente Calixto de Santis Caballero y Martha Lía Herrera Gaviria, como Representante

de los Magistrados y Jueces, y Representante de los Empleados (respectivamente) ante el Consejo de Gobierno Judicial.

Tercero: Como consecuencia de lo (sic) anterior declaración de nulidad, se convoque nuevamente a los funcionarios y empleados judiciales, con el fin de elegir al Representante de los Magistrados y Jueces, y Representante de los Empleados ante el Consejo de Gobierno Judicial, previsto en el Acuerdo No. 6 del 17 de julio de 2015, proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial”

El demandante señala como concepto de violación de los actos demandados, de conformidad con los artículos 275 y 137 de la Ley 1437 de 2011, (i) la infracción en las normas en las que deberían fundarse (ii) el haber sido expedidos en forma irregular y (iii) mediante falsa motivación, además, la violación al derecho (i) a elegir y ser elegido, y (v) a los principios de buena fe y debido proceso así:

(i) Infracción a las normas en que deberían fundarse

inconsistencias entre el número de votos y el total de votos de 318 mesas de votación, que constituyen el 26.5% del total de mesas del país, según el Acta de Escrutinio General de los Funcionarios- 2015 de 18 de septiembre de 2015, por lo que no se tiene la menor certeza si el error consiste en los votos de cada candidato o en la sumatoria, o en ambos casos. Inconsistencia que tiene la capacidad de cambiar los resultados de la jornada electoral.

Señala el actor las siguientes mesas con inconsistencias:

Mesa 704 Chocó A	Mesa 704 Chocó M	Mesa 705 Chocó A
Mesa 705 Chocó M	Mesa 708 Chocó M	Mesa 709 Chocó M
Mesa 711 Chocó M	Mesa 713 Chocó M	Mesa 714 Chocó M
Mesa 716 Chocó M	Mesa 718 Chocó M	Mesa 719 Chocó M
Mesa 720 Chocó M	Mesa 721 Chocó M	Mesa 723 Chocó M
Mesa 724 Chocó M	Mesa 725 Chocó M	Mesa 726 Chocó M
Mesa 727 Chocó M	Mesa 729 Chocó M	Mesa 730 Chocó M
Mesa 1 Córdoba M	Mesa 662 Córdoba M	Mesa 663 Córdoba M
Mesa 664 Córdoba A	Mesa 664 Córdoba M	Mesa 665 Córdoba A
Mesa 666 Córdoba M	Mesa 667 Córdoba A	Mesa 667 Córdoba M
Mesa 668 Córdoba A	Mesa 668 Córdoba M	Mesa 669 Córdoba M
Mesa 670 Córdoba A	Mesa 671 Córdoba A	Mesa 671 Córdoba M
Mesa 672 Córdoba A	Mesa 672 Córdoba M	Mesa 673 Córdoba A
Mesa 674 Córdoba A	Mesa 674 Córdoba M	Mesa 675 Córdoba M
Mesa 676 Córdoba M	Mesa 677 Córdoba M	Mesa 678 Córdoba M
Mesa 679 Córdoba A	Mesa 681 Córdoba A	Mesa 682 Córdoba M

Mesa 683 Córdoba M	Mesa 684 Córdoba M	Mesa 686 Córdoba M
Mesa 687 Córdoba M	Mesa 688 Córdoba M	Mesa 689 Córdoba M
Mesa 691 Córdoba M	Mesa 692 Córdoba M	Mesa 693 Córdoba M
Mesa 694 Córdoba M	Mesa 695 Córdoba M	Mesa 696 Córdoba M
Mesa 697 Córdoba M	Mesa 698 Córdoba M	Mesa 699 Córdoba M
Mesa 700 Córdoba M	Mesa 1190 Guaviare	Mesa 1191 Guaviare M
Mesa 1192 Guaviare M	Mesa 735 Huila M	Mesa 737 Huila M
Mesa 738 Huila A	Mesa 738 Huila M	Mesa 739 Huila A
Mesa 739 Huila M	Mesa 740 Huila A	Mesa 741 Huila M
Mesa 748 Guajira M	Mesa 750 Guajira M	Mesa 751 Guajira M
Mesa 752 Guajira M	Mesa 753 Guajira M	Mesa 754 Guajira M
Mesa 755 Guajira M	Mesa 756 Guajira M	Mesa 757 Guajira M
Mesa 758 Guajira M	Mesa 759 Guajira M	Mesa 760 Guajira M
Mesa 761 Guajira M	Mesa 762 Guajira M	Mesa 763 Magdalena A
Mesa 766 Magdalena M	Mesa 768 Magdalena A	Mesa 768 Magdalena M
Mesa 769 Magdalena M	Mesa 770 Magdalena M	Mesa 773 Magdalena M
Mesa 774 Magdalena M	Mesa 776 Magdalena M	Mesa 778 Magdalena M
Mesa 779 Magdalena M	Mesa 779 Magdalena M	Mesa 784 Magdalena M
Mesa 785 Magdalena M	Mesa 786 Magdalena M	Mesa 788 Magdalena M
Mesa 789 Magdalena M	Mesa 790 Magdalena M	Mesa 791 Magdalena M
Mesa 792 Magdalena M	Mesa 793 Magdalena M	Mesa 794 Magdalena M
Mesa 795 Magdalena M	Mesa 796 Magdalena M	Mesa 797 Magdalena M
Mesa 798 Magdalena M	Mesa 799 Magdalena M	Mesa 800 Magdalena M
Mesa 801 Magdalena M	Mesa 802 Magdalena M	Mesa 803 Magdalena M
Mesa 804 Magdalena M	Mesa 805 Meta A	Mesa 811 Meta M
Mesa 812 Meta M	Mesa 813 Meta M	Mesa 814 Meta M
Mesa 815 Meta M	Mesa 816 Meta M	Mesa 817 Meta M
Mesa 818 Meta M	Mesa 819 Meta M	Mesa 835 Meta M
Mesa 843 Nariño M	Mesa 846 Nariño M	Mesa 847 Nariño M
Mesa 848 Nariño M	Mesa 849 Nariño M	Mesa 850 Nariño M
Mesa 851 Nariño M	Mesa 852 N. de Santander A	Mesa 853 N. de Santander A
Mesa 854 N. de Santander A	Mesa 855 N. de Santander A	Mesa 856 N. de Santander A
Mesa 857 N. de Santander A	Mesa 858 N. de Santander A	Mesa 859 N. de Santander A
Mesa 862 N. de Santander A	Mesa 863 N. de Santander	Mesa 864 N. de Santander A
Mesa 866 N. de Santander A	Mesa 868 N. de Santander M	Mesa 870 N. de Santander M
Mesa 876 N. de Santander M	Mesa 878 N. de Santander M	Mesa 880 N. de Santander M
Mesa 890 N. de Santander M	Mesa 892 N. de Santander M	Mesa 896 N. de Santander M
Mesa 897 N. de Santander M	Mesa 898 N. de Santander M	Mesa 899 Mesa 887 N. de Santander M
Mesa 900 Mesa 887 N. de Santander M	Mesa 901 Mesa 887 N. de Santander M	Mesa 1183 Putumayo M
Mesa 1184 Putumayo M	Mesa 902 Quindío A	Mesa 903 Quindío A
Mesa 904 Quindío A	Mesa 908 Quindío A	Mesa 910 Quindío M

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 “Asuntos Electorales”

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Mesa 912 Quindío M	Mesa 916 Quindío M	Mesa 918 Quindío M
Mesa 920 Risaralda A	Mesa 921 Risaralda A	Mesa 921 Risaralda M
Mesa 922 Risaralda A	Mesa 923 Risaralda A	Mesa 923 Risaralda M
Mesa 924 Risaralda M	Mesa 924 Risaralda M	Mesa 925 Risaralda M
Mesa 926 Risaralda M	Mesa 927 Risaralda A	Mesa 927 Risaralda M
Mesa 928 Risaralda M	Mesa 930 Risaralda M	Mesa 931 Risaralda M
Mesa 935 Risaralda M	Mesa 938 Risaralda M	Mesa 939 Risaralda M
Mesa 1185 San Andrés A	Mesa 1186 San Andrés M	Mesa 1033 Santander M
Mesa 1035 Santander M	Mesa 1037 Santander M	Mesa 1039 Santander M
Mesa 1041 Santander M	Mesa 1042 Santander M	Mesa 1043 Santander M
Mesa 940 Santander M	Mesa 944 Santander A	Mesa 945 Santander A
Mesa 946 Santander A	Mesa 946 Santander M	Mesa 947 Santander A
Mesa 948 Santander M	Mesa 949 Santander A	Mesa 950 Santander A
Mesa 951 Santander A	Mesa 952 Santander A	Mesa 952 Santander M
Mesa 953 Santander A	Mesa 953 Santander M	Mesa 954 Santander A
Mesa 955 Santander M	Mesa 956 Santander A	Mesa 957 Santander M
Mesa 959 Santander M	Mesa 960 Santander A	Mesa 961 Santander A
Mesa 962 Santander A	Mesa 963 Santander M	Mesa 964 Santander M
Mesa 965 Santander M	Mesa 966 Santander M	Mesa 967 Santander M
Mesa 968 Santander M	Mesa 990 Santander M	Mesa 991 Santander M
Mesa 992 Santander M	Mesa 993 Santander M	Mesa 994 Santander M
Mesa 995 Santander M	Mesa 996 Santander M	Mesa 997 Santander M
Mesa 1044 Sucre A	Mesa 1045 Sucre A	Mesa 1046 Sucre A
Mesa 1047 Sucre A	Mesa 1050 Sucre A	Mesa 1051 Sucre A
Mesa 1053 Sucre A	Mesa 1055 Sucre M	Mesa 1056 Sucre M
Mesa 1058 Sucre M	Mesa 1062 Sucre M	Mesa 1063 Sucre M
Mesa 1064 Sucre M	Mesa 1065 Sucre M	Mesa 1066 Sucre M
Mesa 1067 Sucre M	Mesa 1072 Sucre M	Mesa 1073 Sucre M
Mesa 1103 Tolima M	Mesa 1104 Tolima M	Mesa 1105 Tolima M
Mesa 1106 Tolima M	Mesa 1107 Tolima M	Mesa 1109 Tolima M
Mesa 1110 Tolima M	Mesa 1112 Tolima M	Mesa 1117 Tolima M
Mesa 1118 Tolima M	Mesa 1119 Tolima M	Mesa 1120 Tolima M
Mesa 1121 Tolima M	Mesa 1123 Tolima M	Mesa 1124 Tolima M
Mesa 1125 Tolima M	Mesa 1126 Tolima M	Mesa 1127 Tolima M
Mesa 1128 Valle A	Mesa 1128 Valle M	Mesa 1129 Valle M
Mesa 1130 Valle A	Mesa 1130 Valle M	Mesa 1131 Valle A
Mesa 1131 Valle M	Mesa 1132 Valle A	Mesa 1132 Valle M
Mesa 1133 Valle A	Mesa 1133 Valle M	Mesa 1134 Valle A
Mesa 1134 Valle M	Mesa 1135 Valle A	Mesa 1135 Valle M
Mesa 1136 Valle M	Mesa 1137 Valle M	Mesa 1138 Valle A
Mesa 1138 Valle M	Mesa 1139 Valle A	Mesa 1139 Valle M

Mesa 1142 Valle M	Mesa 1143 Valle M	Mesa 1144 Valle M
Mesa 1148 Valle M	Mesa 1149 Valle M	Mesa 1150 Valle M
Mesa 1151 Valle M	Mesa 1152 Valle M	Mesa 1153 Valle M
Mesa 1154 Valle M	Mesa 1158 Valle M	Mesa 1161 Valle M
Mesa 1163 Valle M	Mesa 1167 Valle M	Mesa 1168 Valle M
Mesa 1171 Valle M	Mesa 1172 Valle M	Mesa 1173 Valle M
Mesa 1174 Valle M	Mesa 1175 Valle M	Mesa 1176 Valle M
Mesa 1178 Valle M	Mesa 1179 Valle M	Mesa 1180 Valle M

- No se contabilizaron los votos de Cundinamarca en el Acta de Escrutinio General de Representante de Funcionarios, ni en los resultados publicados en la página web de la Rama Judicial, puesto que solo se relacionan las mesas de Bogotá y se omite incluir el Departamento de Cundinamarca.
- En el documento Acta de Escrutinio General se evidencia que en 403 mesas instaladas no votó ninguna persona, situación que debe ser tenida en cuenta como indicio de la falta de publicidad y transparencia del proceso.

Enuncia el demandante las siguientes mesas sin votos:

Mesa 1 Altas Cortes A	Mesa 16 Altas Cortes A	Mesa 2 Altas Cortes A
Mesa 100 Antioquia M	Mesa 102 Antioquia M	Mesa 103 Antioquia M
Mesa 105 Antioquia M	Mesa 106 Antioquia M	Mesa 107 Antioquia M
Mesa 108 Antioquia M	Mesa 109 Antioquia M	Mesa 111 Antioquia M
Mesa 112 Antioquia M	Mesa 113 Antioquia M	Mesa 114 Antioquia M
Mesa 115 Antioquia M	Mesa 116 Antioquia M	Mesa 117 Antioquia M
Mesa 118 Antioquia M	Mesa 119 Antioquia M	Mesa 120 Antioquia M
Mesa 121 Antioquia A	Mesa 121 Antioquia M	Mesa 123 Antioquia M
Mesa 124 Antioquia M	Mesa 125 Antioquia M	Mesa 126 Antioquia M
Mesa 127 Antioquia M	Mesa 130 Antioquia A	Mesa 131 Antioquia M
Mesa 132 Antioquia M	Mesa 134 Antioquia M	Mesa 135 Antioquia M
Mesa 138 Antioquia A	Mesa 139 Antioquia M	Mesa 140 Antioquia M
Mesa 141 Antioquia M	Mesa 142 Antioquia M	Mesa 143 Antioquia M
Mesa 144 Antioquia M	Mesa 145 Antioquia M	Mesa 147 Antioquia M
Mesa 148 Antioquia M	Mesa 150 Antioquia M	Mesa 152 Antioquia M
Mesa 154 Antioquia A	Mesa 155 Antioquia M	Mesa 158 Antioquia M
Mesa 159 Antioquia A	Mesa 161 Antioquia M	Mesa 163 Antioquia M
Mesa 165 Antioquia M	Mesa 166 Antioquia M	Mesa 168 Antioquia M
Mesa 169 Antioquia M	Mesa 170 Antioquia M	Mesa 171 Antioquia M
Mesa 172 Antioquia M	Mesa 173 Antioquia A	Mesa 174 Antioquia M
Mesa 175 Antioquia M	Mesa 176 Antioquia M	Mesa 178 Antioquia M
Mesa 179 Antioquia M	Mesa 18 Antioquia M	Mesa 180 Antioquia M
Mesa 181 Antioquia M	Mesa 20 Antioquia A	Mesa 21 Antioquia A
Mesa 22 Antioquia A	Mesa 22 Antioquia M	Mesa 24 Antioquia M
Mesa 27 Antioquia M	Mesa 28 Antioquia M	Mesa 30 Antioquia M
Mesa 31 Antioquia M	Mesa 32 Antioquia M	Mesa 33 Antioquia M

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 “Asuntos Electorales”

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Mesa 34 Antioquia M	Mesa 35 Antioquia M	Mesa 36 Antioquia M
Mesa 37 Antioquia M	Mesa 38 Antioquia	Mesa 39 Antioquia M
Mesa 41 Antioquia M	Mesa 42 Antioquia M	Mesa 45 Antioquia M
Mesa 46 Antioquia M	Mesa 49 Antioquia M	Mesa 50 Antioquia M
Mesa 52 Antioquia M	Mesa 53 Antioquia M	Mesa 55 Antioquia M
Mesa 56 Antioquia M	Mesa 57 Antioquia M	Mesa 58 Antioquia A
Mesa 59 Antioquia M	Mesa 60 Antioquia M	Mesa 61 Antioquia M
Mesa 62 Antioquia M	Mesa 65 Antioquia M	Mesa 66 Antioquia M
Mesa 67 Antioquia M	Mesa 70 Antioquia M	Mesa 71 Antioquia A
Mesa 73 Antioquia M	Mesa 74 Antioquia M	Mesa 77 Antioquia M
Mesa 78 Antioquia M	Mesa 79 Antioquia M	Mesa 80 Antioquia M
Mesa 82 Antioquia M	Mesa 82 Antioquia M	Mesa 83 Antioquia M
Mesa 84 Antioquia M	Mesa 89 Antioquia M	Mesa 90 Antioquia A
Mesa 90 Antioquia M	Mesa 90 Antioquia A	Mesa 91 Antioquia M
Mesa 92 Antioquia A	Mesa 92 Antioquia M	Mesa 93 Antioquia M
Mesa 94 Antioquia M	Mesa 95 Antioquia M	Mesa 96 Antioquia M
Mesa 98 Antioquia M	Mesa 99 Antioquia M	Mesa 188 ARAUCA M
Mesa 192 Atlántico A	Mesa 195 Atlántico M	Mesa 196 Atlántico M
Mesa 198 Atlántico M	Mesa 199 Atlántico M	Mesa 200 Atlántico M
Mesa 202 Atlántico M	Mesa 204 Atlántico M	Mesa 1 Bogotá D. C.
Mesa 206 Bogotá D. C. M	Mesa 207 Bogotá D. C. M	Mesa 208 Bogotá D. C. M
Mesa 209 Bogotá D. C. M	Mesa 210 Bogotá D. C. M	Mesa 211 Bogotá D. C. M
Mesa 213 Bogotá D. C. M	Mesa 214 Bogotá D. C. M	Mesa 215 Bogotá D. C. M
Mesa 216 Bogotá D. C. M	Mesa 217 Bogotá D. C. M	Mesa 218 Bogotá D. C. M
Mesa 219 Bogotá D. C. M	Mesa 220 Bogotá D. C. M	Mesa 221 Bogotá D. C. M
Mesa 222 Bogotá D. C. A	Mesa 222 Bogotá D. C. M	Mesa 223 Bogotá D. C. M
Mesa 224 Bogotá D. C. M	Mesa 225 Bogotá D. C. M	Mesa 226 Bogotá D. C. M
Mesa 227 Bogotá D. C. A	Mesa 228 Bogotá D. C. M	Mesa 229 Bogotá D. C. M
Mesa 232 Bogotá D. C. A	Mesa 233 Bogotá D. C. M	Mesa 236 Bogotá D. C. M
Mesa 238 Bogotá D. C. M	Mesa 239 Bogotá D. C. A	Mesa 239 Bogotá D. C. M
Mesa 240 Bogotá D. C. M	Mesa 241 Bogotá D. C. M	Mesa 243 Bogotá D. C. M
Mesa 244 Bogotá D. C. A	Mesa 244 Bogotá D. C. M	Mesa 245 Bogotá D. C. M
Mesa 246 Bogotá D. C. M	Mesa 248 Bogotá D. C. M	Mesa 249 Bogotá D. C. M
Mesa 250 Bogotá D. C. M	Mesa 251 Bogotá D. C. M	Mesa 252 Bogotá D. C. M
Mesa 255 Bogotá D. C. A	Mesa 258 Bolívar M	Mesa 259 Bolívar M
Mesa 260 Bolívar M	Mesa 262 Bolívar M	Mesa 263 Bolívar M
Mesa 264 Bolívar M	Mesa 265 Bolívar M	Mesa 267 Bolívar M
Mesa 268 Bolívar M	Mesa 269 Bolívar M	Mesa 270 Bolívar M
Mesa 271 Boyacá M	Mesa 272 Boyacá A	Mesa 277 Boyacá A
Mesa 326 Boyacá M	Mesa 328 Boyacá M	Mesa 341 Boyacá M
Mesa 342 Boyacá M	Mesa 343 Boyacá M	Mesa 344 Boyacá M

Mesa 345 Boyacá M	Mesa 346 Boyacá M	Mesa 347 Boyacá M
Mesa 348 Boyacá M	Mesa 350 Boyacá M	Mesa 351 Boyacá M
Mesa 352 Boyacá M	Mesa 353 Boyacá M	Mesa 354 Boyacá M
Mesa 355 Boyacá M	Mesa 356 Boyacá M	Mesa 357 Boyacá M
Mesa 358 Boyacá M	Mesa 359 Boyacá M	Mesa 360 Boyacá M
Mesa 361 Boyacá M	Mesa 362 Boyacá M	Mesa 363 Boyacá M
Mesa 364 Boyacá M	Mesa 365 Boyacá M	Mesa 366 Boyacá M
Mesa 367 Boyacá M	Mesa 368 Boyacá M	Mesa 369 Boyacá M
Mesa 370 Boyacá M	Mesa 371 Boyacá M	Mesa 372 Boyacá M
Mesa 373 Boyacá M	Mesa 374 Boyacá M	Mesa 375 Boyacá M
Mesa 376 Boyacá M	Mesa 377 Boyacá M	Mesa 378 Boyacá M
Mesa 379 Boyacá M	Mesa 380 Boyacá M	Mesa 381 Boyacá M
Mesa 387 Boyacá M	Mesa 388 Boyacá M	Mesa 393 Boyacá M
Mesa 398 Boyacá M	Mesa 416 Boyacá M	Mesa 417 Boyacá M
Mesa 418 Boyacá M	Mesa 419 Boyacá M	Mesa 420 Boyacá M
Mesa 421 Boyacá M	Mesa 422 Boyacá M	Mesa 423 Boyacá M
Mesa 424 Boyacá M	Mesa 425 Boyacá M	Mesa 426 Boyacá M
Mesa 427 Boyacá M	Mesa 428 Boyacá M	Mesa 430 Boyacá M
Mesa 431 Boyacá M	Mesa 432 Boyacá M	Mesa 433 Boyacá M
Mesa 434 Boyacá M	Mesa 435 Boyacá M	Mesa 436 Boyacá M
Mesa 437 Boyacá M	Mesa 438 Boyacá M	Mesa 439 Boyacá M
Mesa 440 Boyacá M	Mesa 441 Boyacá M	Mesa 442 Boyacá M
Mesa 443 Boyacá M	Mesa 444 Boyacá M	Mesa 445 Boyacá M
Mesa 446 Boyacá M	Mesa 447 Boyacá M	Mesa 448 Boyacá M
Mesa 449 Boyacá M	Mesa 450 Boyacá M	Mesa 456 Boyacá M
Mesa 459 Boyacá M	Mesa 494 Boyacá M	Mesa 500 Boyacá M
Mesa 501 Boyacá M	Mesa 502 Boyacá M	Mesa 503 Boyacá M
Mesa 504 Boyacá M	Mesa 505 Boyacá M	Mesa 506 Boyacá M
Mesa 507 Boyacá M	Mesa 508 Boyacá M	Mesa 509 Boyacá M
Mesa 510 Boyacá M	Mesa 511 Boyacá M	Mesa 512 Boyacá M
Mesa 513 Boyacá M	Mesa 514 Boyacá M	Mesa 515 Boyacá M
Mesa 516 Boyacá M	Mesa 517 Boyacá M	Mesa 518 Boyacá M
Mesa 519 Boyacá M	Mesa 520 Boyacá M	Mesa 521 Boyacá M
Mesa 522 Boyacá M	Mesa 523 Boyacá M	Mesa 524 Boyacá M
Mesa 525 Boyacá M	Mesa 526 Boyacá M	Mesa 528 Boyacá M
Mesa 529 Boyacá M	Mesa 530 Boyacá M	Mesa 531 Boyacá M
Mesa 532 Boyacá M	Mesa 533 Boyacá M	Mesa 534 Boyacá M
Mesa 535 Boyacá M	Mesa 536 Boyacá M	Mesa 537 Boyacá M
Mesa 538 Boyacá M	Mesa 539 Boyacá M	Mesa 540 Boyacá M
Mesa 541 Boyacá M	Mesa 542 Boyacá M	Mesa 543 Boyacá M
Mesa 544 Boyacá M	Mesa 545 Boyacá M	Mesa 565 Caldas A

Mesa 596 Caldas A	Mesa 606 Caldas M	Mesa 614 Caquetá M
Mesa 619 Caquetá M	Mesa 624 Caquetá M	Mesa 625 Caquetá M
Mesa 626 Caquetá M	Mesa 627 Caquetá A	Mesa 645 Cesar M
Mesa 707 Chocó M	Mesa 710 Chocó M	Mesa 712 Chocó M
Mesa 715 Chocó M	Mesa 717 Chocó M	Mesa 722 Chocó M
Mesa 728 Chocó M	Mesa 730 Chocó M	Mesa Córdoba 662 M
Mesa 679 Córdoba M	Mesa 680 Córdoba M	Mesa 681 Córdoba M
Mesa 685 Córdoba M	Mesa 690 Córdoba M	Mesa 1188 Guainía M
Mesa 1189 Guaviare M	Mesa 1193 Guaviare M	Mesa 1 Guajira M
Mesa 763 Magdalena M	Mesa 764 Magdalena M	Mesa 765 Magdalena A
Mesa 767 Magdalena M	Mesa 772 Magdalena M	Mesa 782 Magdalena M
Mesa 820 Meta M	Mesa 821 Meta M	Mesa 822 Meta M
Mesa 823 Meta M	Mesa 824 Meta M	Mesa 825 Meta M
Mesa 826 Meta M	Mesa 827 Meta M	Mesa 828 Meta M
Mesa 829 Meta M	Mesa 830 Meta M	Mesa 831 Meta M
Mesa 832 Meta M	Mesa 833 Meta M	Mesa 834 Meta M
Mesa 836 Meta M	Mesa 837 Meta M	Mesa 838 Meta M
Mesa 839 Meta M	Mesa 842 Nariño A	Mesa 844 Meta M
Mesa 845 Meta M	Mesa 872 N. de Santander M	Mesa 902 Quindío M
Mesa 907 Quindío A	Mesa 908 Quindío M	Mesa 911 Quindío M
Mesa 913 Quindío M	Mesa 914 Quindío M	Mesa 915 Quindío M
Mesa 917 Quindío M	Mesa 919 Risaralda M	Mesa 920 Risaralda M
Mesa 922 Risaralda M	Mesa 1961 Sucre M	Mesa Valle 1129 A
Mesa 1177 Valle M	Mesa 1181 Valle M	Mesa 1194 Vaupés M
Mesa 1195 Vaupés M	Mesa 1196 Vaupés M	Mesa 1197 Vichada M
Mesa 1198 Vichada M	Mesa 1199 Vichada M	Mesa 1197 Vichada M
Mesa 1200 Vichada M		

No se cumplió con la publicidad de la convocatoria, establecida específicamente en el artículo 18 del Acuerdo No. 6 de la Comisión Interinstitucional, puesto que (i) la información publicada en el portal de internet de la Rama Judicial fue incompleta y confusa, en el link denominado “Convocatoria Elección de Representantes de Magistrados de Tribunal y Jueces y Empleados ante el Consejo de Gobierno Judicial” solo aparece el Acuerdo No. 6 y su anexo, aunque en otros links aparecen otros documentos (ii) la convocatoria no fue publicada en intranet, (iii) solo fue publicada en diarios oficiales la primera convocatoria y no las modificaciones, y (iv) la publicación en el canal institucional fue incompleta y tardía.

No se dio cumplimiento a lo establecido en el auto de 25 de agosto de 2015 emitido por el Consejo de Estado: (i) el nuevo cronograma se conoció a menos de 12 horas¹ y por la noche, y (ii) la lista definitiva de

inscritos no se dio a conocer el 29 de agosto de 2015 como se estableció en dicho Auto.

Los Acuerdos fueron publicados indebidamente según la auditoria Ability Data del 24 de septiembre de 2015.

Se vulneraron los principios de democracia y transparencia porque (i) no fue posible votar mediante voto electrónico en todos los despachos, (ii) no existían listas del lugar ni las mesas donde debía sufragarse, (iii) en la campaña electoral fueron utilizados los símbolos patrios por el candidato Vicente de Santis –la bandera y el himno nacional– (iv) falta de publicidad de los escrutinios, (v) no se efectuó el envío de documentos de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Acuerdo No. 06 de 2015, (vi) faltaron cubículos y urnas y (vii) no hubo votación en siete departamentos.

1 No señala el actor a menos de 12 horas con respecto a qué.

Duplicidad en la contabilización de la mesa de votación 203 A y 203 M en el departamento del Atlántico.

- ii) expedición en forma irregular de conformidad con los cargos alegados
- iii) falsa motivación debido a que la jornada electoral se adelantó de forma irregular, pues se omitió el cumplimiento de los parámetros establecidos en el Anexo el Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, en lo referente a que no fue habilitado el link para que se ejerciera el derecho al voto por todos los funcionarios de manera electrónica, y en la votación manual no se previeron puestos de votación en todas las sedes judiciales, ni se suministró a los jurados de votación el listado de electores, ni la urna.
- iv) violación al derecho de elegir y ser elegido por las irregularidades acaecidas en la jornada electoral ya mencionadas.
- v) violación al principio de buena fe y debido proceso por las irregularidades ocurridas en el desarrollo de la jornada electoral.

2. Mediante providencia de 23 de octubre de 2015, el Despacho Ponente ordenó correr traslado a las partes de la solicitud de medida cautelar de conformidad con el artículo 233 del CPACA (fls. 247-248).

3. El ciudadano **Óscar Leonardo Aguillón Duarte** presentó escrito en la Secretaría de esta Sección el 21 de octubre de 2015, con el fin de **“adberir a la demanda No. 2015-0026”** y solicita se declare lo siguiente:

“Primero: la nulidad de la jornada electoral llevada a cabo el 1 de septiembre de 2015, tendente (sic) a elegir al Representante de los Magistrados y Jueces y Representante de los Empleados ante el Consejo de Gobierno Judicial.

Segundo: La nulidad el Acuerdo No. 11 del 2 de septiembre de 2015, por medio del cual, la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial declaró la elección de los señores Vicente Calixto de Santis Caballero y Marta Lia herrera Gaviria, como Representante de los Magistrados y Jueces y Representante de los Empleados (respectivamente) ante el Consejo de Gobierno Judicial.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior declaración de nulidad, se convoque nuevamente a los funcionarios y empleados judiciales, con el fin de elegir al Representante de los magistrados y Jueces, y Representante de los Empleados ante el Consejo de Gobierno Judicial, previsto en el Acuerdo No. 6

del 17 de julio de 2015, proferido por la Comisión Interinstitucional de la rama Judicial”.

Señaló como concepto de violación los artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011, porque en el proceso de elección (i) se vulneró el principio de buena fe y el debido proceso porque nunca se habilitó el link para que los electores ejercieran el voto electrónico, y no se habilitaron puestos de votación en todas las sedes judiciales, (ii) el derecho a elegir y ser elegido por no haberse desarrollado la jornada electoral en los términos en los que se había previsto, (iii) se infringieron las normas en las que deberían fundarse, específicamente lo previsto en el anexo del Acuerdo No. 6 relacionado con la habilitación del link para que los electores ejercieran el derecho a elegir por medio del voto electrónico, (iv) expedición en forma irregular por los cargos anteriores, y (v) falsa motivación porque la jornada electoral se desarrolló de forma irregular.

Así mismo solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos en cuestión, para evitar un perjuicio irremediable al permitirse el funcionamiento de un Consejo de Gobierno con personas elegidas de manera ilegal.

4. En memorial radicado en la Secretaría de esta Sección el 29 de octubre del año cursante, el demandante señaló que no es necesario indicar que la medida solicitada es de urgencia cuando está en riesgo el principio rector de la democracia participativa, máxime cuando se solicitó la suspensión de la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial y del Gerente.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 –modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003–, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso y por ende para decidir sobre la admisión y la solicitud de suspensión provisional del acto demandado en virtud del inciso final del artículo 277 del CPACA.

En consideración a que en el presente proceso se está demandando el Acuerdo No. 11 de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial en el cual se declaró la elección de **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO Y MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** como Representantes de los Jueces y Magistrados y Empleados al **Consejo de Gobierno Judicial**, respectivamente, y la demanda se fundamenta en la **presunta ocurrencia de irregularidades durante el proceso electoral**, teniendo en cuenta que se trata de una misma elección en el mismo órgano, como lo es el Consejo de Gobierno Judicial, no se trata de elección popular y

los cargos se dirigen a cuestionar el proceso electoral como tal, en aplicación de los principios de celeridad y de economía procesal, se tramitará de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación en un solo proceso².

3. Coadyuvancia

La Sala considera, que siendo que la relación procesal -para efectos de la solicitud de medida cautelar- resulta trabada en virtud del traslado de la solicitud frente a la coadyuvancia presentada, esta se aceptará, en el entendido que sus intervenciones solo tendrán validez en cuanto avalen, coincidan y no estén en oposición a la parte que coadyuva, tal como se establece en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil (art. 71 del Código General del Proceso), por remisión expresa que hace el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, en las materias no reguladas, que establece que: “*El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio*”.

Este planteamiento ha sido reiterado en múltiples oportunidades por esta Corporación⁴, y por la Sección Quinta del Consejo de Estado⁵ en el sentido que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciables, por cuanto, mientras las partes actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive, señalado que su función es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada.

Por otro lado, el artículo 223 del CPACA que establece que en los procesos de nulidad, como el que nos ocupa, cualquier persona puede pedir que se le tenga como coadyuvante antes del término para aclarar, reformar o modificar la demanda y podrá formular nuevos cargos.

Entonces, teniendo en cuenta que se encuentra dentro del término establecido y en razón de que con su solicitud pretende que se haga el estudio del juicio de legalidad del Acuerdo No. 11 de 2015 a partir de la demanda que promovió el actor, se tendrá al señor ÓSCAR LEONARDO AGUILLÓN DUARTE como coadyuvante⁶.

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 2011-00061-00 Actor: José Antonio Quintero Jaimes. Sentencia de 28 de Octubre de 2012. Rad. 2010-00628-02. Actor: Rigoberto Quintero Camacho sentencia de 18 de julio de 2013.

3 Art. 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4 Consejo de Estado. Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González).

5 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 07001-23-31-000-2009-00034-01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del Departamento de Arauca.

6 Quien también solicitó la medida de suspensión provisional del acto de

4. Suspensión provisional

Tal como ha sido señalado por esta Sala Electoral⁷ la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁸ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

Señalado desde antaño, la herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente solo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar *i)* se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero

elección demandado.

7 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

8 González Rodríguez, Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁹.

Así mismo, como lo ha indicado esta Sala Electoral en pronunciamientos anteriores¹⁰, el papel más activo que se le otorgó al juez con las dinámicas implementadas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le dieron amplias facultades en cuanto a la aplicación de herramientas de cautela con miras a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia¹¹, mientras se enjuicia la legalidad y la constitucionalidad del acto acusado.

5. Caso concreto

Conviene precisar, que el actor propuso en el escrito de demanda la solicitud y sustentación de la medida cautelar, petición que se fundamenta en el análisis de las pruebas allegadas con la misma, por violación de (i) los artículos 83 y 29 de la Constitución Política que refieren al principio de buena fe y el derecho fundamental al debido proceso, y (ii)

9 Artículo 229 inciso segundo del CPACA
 10 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto de 18 de junio de 2015. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
 11 Art. 229 del CPACA.

los parámetros establecidos para el proceso electoral por la Comisión Interinstitucional en el anexo “Protocolo para el proceso de elección de los Magistrados de los Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial” del Acuerdo No. 6 de 17 de julio de 2015 “Por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno Judicial”.

Atendiendo entonces a lo solicitado por el actor, quien sustenta la petición en el análisis de las pruebas allegadas, esta Sala de decisión no se referirá a la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA, relacionado con la simple contraposición entre el acto acusado y las normas invocadas como vulneradas.

En cuanto al segundo criterio, del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y los cargos presentados por el actor, en esta etapa del proceso, se encuentra evidente la trasgresión de las normas alegadas, porque efectuadas las verificaciones correspondientes en los documentos aportados con la demanda efectivamente existen inconsistencias en el proceso electoral¹², que pueden afectar gravemente los resultados así:

6. Inconsistencias evidentes en las sumatorias de las mesas señaladas por el actor en el Acta de Escrutinio General para Representante de los Funcionarios

Revisadas una a una las mesas señaladas por el actor en las cuáles considera existen inconsistencias en las sumatorias de las votaciones, en el consolidado de la votación a nivel nacional mesa por mesa, documento que obra a folios 146 a 191 del expediente, y que fue entregado al demandante como anexo de la respuesta signada por el Presidente de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial –que obra a folios 132 a 125 del expediente– al derecho de petición por él impetrado, se encontró lo siguiente:

12 En esta etapa procesal las demás inconsistencias señaladas por el actor no encuentran sustento probatorio que permita establecer su ocurrencia.

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 701 Chocó A	0	38	38	Folio 173
Mesa 704 Chocó A	23	0	23	Folio 173
Mesa 704 Chocó M	6	0	6	Folio 173
Mesa 705 Chocó A	0	3	3	Folio 173
Mesa 706 Chocó M	2	1	1	Folio 173
Mesa 708 Chocó M	9	1	8	Folio 173
Mesa 709 Chocó M	5	0	5	Folio 173
Mesa 711 Chocó M	6	0	6	Folio 173
Mesa 713 Chocó M	5	0	5	Folio 173

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 714 Chocó M	12	0	12	Folio 173
Mesa 716 Chocó M	4	0	4	Folio 173
Mesa 718 Chocó M	2	0	2	Folio 173
Mesa 719 Chocó M	1	0	1	Folio 173
Mesa 720 Chocó M	6	0	6	Folio 173
Mesa 721 Chocó M	1	0	1	Folio 173
Mesa 723 Chocó M	4	0	4	Folio 174
Mesa 724 Chocó M	5	0	5	Folio 174
Mesa 725 Chocó M	4	0	4	Folio 174
Mesa 726 Chocó M	4	0	4	Folio 174
Mesa 727 Chocó M	5	0	5	Folio 174
Mesa 729 Chocó M	1	0	1	Folio 174
Mesa 1 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 663 Córdoba M	1	23	22	Folio 174
Mesa 664 Córdoba A	1	6	5	Folio 174
Mesa 664 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 665 Córdoba A	0	1	1	Folio 174
Mesa 665 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 666 Córdoba M	1	9	8	Folio 174
Mesa 667 Córdoba A	1	5	4	Folio 174
Mesa 667 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 668 Córdoba A	0	6	6	Folio 174
Mesa 668 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 669 Córdoba M	1	5	4	Folio 174
Mesa 670 Córdoba A	1	12	11	Folio 174
Mesa 670 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 671 Córdoba A	1	4	3	Folio 174
Mesa 671 Córdoba M	1	0	1	Folio 174
Mesa 672 Córdoba A	1	2	1	Folio 174
Mesa 673 Córdoba A	1	6	5	Folio 174
Mesa 674 Córdoba M	38	0	38	Folio 175
Mesa 675 Córdoba M	0	4	4	Folio 175
Mesa 676 Córdoba M	0	5	5	Folio 175
Mesa 677 Córdoba M	0	4	4	Folio 175
Mesa 678 Córdoba M	3	4	1	Folio 175
Mesa 679 Córdoba A	1	5	4	Folio 175
Mesa 681 Córdoba A	0	1	1	Folio 175
Mesa 682 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 683 Córdoba M	0	1	1	Folio 175

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 684 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 686 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 687 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 688 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 689 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 691 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 692 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 693 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 694 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 695 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 696 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 697 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 698 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 699 Córdoba M	0	1	1	Folio 175
Mesa 700 Córdoba M	0	1	1	Folio 176
Mesa 1190 Guaviare M	80	0	80	Folio 176
Mesa 1191 Guaviare M	5	0	5	Folio 176
Mesa 1192 Guaviare M	17	0	17	Folio 176
Mesa 735 Huila M	15	0	15	Folio 176
Mesa 737 Huila M	6	0	6	Folio 176
Mesa 738 Huila A	0	80	80	Folio 176
Mesa 738 Huila M	23	5	18	Folio 176
Mesa 739 Huila A	5	17	12	Folio 176
Mesa 739 Huila M	1	0	1	Folio 176
Mesa 740 Huila A	1	15	14	Folio 176
Mesa 741 Huila M	1	6	5	Folio 176
Mesa 742 La Guajira A	1	23	22	Folio 176
Mesa 748 La Guajira M	1	5	4	Folio 176
Mesa 750 La Guajira M	0	1	1	Folio 176
Mesa 751 La Guajira M	0	1	1	Folio 176
Mesa 752 La Guajira M	5	1	4	Folio 176
Mesa 753 La Guajira M	3	1	2	Folio 176
Mesa 754 La Guajira M	4	1	3	Folio 176
Mesa 756 La Guajira M	1	0	1	Folio 176
Mesa 757 La Guajira M	9	0	9	Folio 176
Mesa 758 La Guajira M	0	5	5	Folio 176
Mesa 759 La Guajira M	0	3	3	Folio 176
Mesa 760 La Guajira M	0	4	4	Folio 177
Mesa 761 La Guajira M	0	1	1	Folio 177

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 762 La Guajira M	0	1	1	Folio 177
Mesa 763 Magdalena A	25	9	16	Folio 177
Mesa 766 Magdalena M	1	0	1	Folio 177
Mesa 768 Magdalena A	1	25	24	Folio 177
Mesa 768 Magdalena M	9	0	9	Folio 177
Mesa 769 Magdalena M	1	0	1	Folio 177
Mesa 770 Magdalena M	6	0	6	Folio 177
Mesa 773 Magdalena M	5	1	4	Folio 177
Mesa 774 Magdalena M	1	9	8	Folio 177
Mesa 776 Magdalena M	0	6	6	Folio 177
Mesa 778 Magdalena M	2	0	2	Folio 177
Mesa 779 Magdalena M	3	5	2	Folio 177
Mesa 784 Magdalena M	1	2	1	Folio 177
Mesa 785 Magdalena M	1	3	2	Folio 177
Mesa 786 Magdalena M	2	1	1	Folio 177
Mesa 788 Magdalena M	6	0	6	Folio 178
Mesa 789 Magdalena M	2	1	1	Folio 178
Mesa 790 Magdalena M	10	1	9	Folio 178
Mesa 791 Magdalena M	0	1	1	Folio 178
Mesa 792 Magdalena M	3	2	1	Folio 178
Mesa 793 Magdalena M	5	1	4	Folio 178
Mesa 794 Magdalena M	5	6	1	Folio 178
Mesa 795 Magdalena M	1	2	1	Folio 178
Mesa 796 Magdalena M	1	10	9	Folio 178
Mesa 797 Magdalena M	1	0	1	Folio 178
Mesa 798 Magdalena M	1	3	2	Folio 178
Mesa 799 Magdalena M	0	5	5	Folio 178
Mesa 800 Magdalena M	81	5	76	Folio 178
Mesa 801 Magdalena M	5	1	4	Folio 178
Mesa 802 Magdalena M	4	1	3	Folio 178
Mesa 803 Magdalena M	6	1	5	Folio 178
Mesa 804 Magdalena M	4	1	3	Folio 178
Mesa 805 Meta A	14	0	14	Folio 178
Mesa 811 Meta M	10	81	71	Folio 178
Mesa 812 Meta M	9	5	4	Folio 178
Mesa 813 Meta M	6	4	2	Folio 178
Mesa 814 Meta M	0	6	6	Folio 178
Mesa 815 Meta M	0	4	4	Folio 178
Mesa 816 Meta M	0	14	14	Folio 178

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 817 Meta M	0	10	10	Folio 178
Mesa 818 Meta M	0	9	9	Folio 178
Mesa 819 Meta M	0	6	6	Folio 178
Mesa 835 Meta M	196	0	196	Folio 179
Mesa 843 Nariño M	0	196	196	Folio 179
Mesa 846 Nariño M	12	0	12	Folio 179
Mesa 847 Nariño M	17	0	17	Folio 179
Mesa 848 Nariño M	31	0	31	Folio 179
Mesa 849 Nariño M	13	0	13	Folio 179
Mesa 850 Nariño M	7	0	7	Folio 179
Mesa 851 Nariño M	4	0	4	Folio 179
Mesa 852 Norte de Santander A	10	12	2	Folio 180
Mesa 853 Norte de Santander A	4	17	13	Folio 180
Mesa 854 Norte de Santander A	9	31	22	Folio 180
Mesa 855 Norte de Santander A	2	13	11	Folio 180
Mesa 856 Norte de Santander A	5	6	1	Folio 180
Mesa 857 Norte de Santander A	1	4	3	Folio 180
Mesa 858 Norte de Santander A	14	10	4	Folio 180
Mesa 859 Norte de Santander A	1	4	3	Folio 180
Mesa 862 Norte de Santander A	0	9	9	Folio 180
Mesa 863 Norte de Santander A	1	2	1	Folio 180
Mesa 864 Norte de Santander A	1	5	4	Folio 180
Mesa 866 Norte de Santander A	0	14	14	Folio 180
Mesa 868 Norte de Santander M	1	0	1	Folio 180
Mesa 870 Norte de Santander M	0	1	1	Folio 180
Mesa 876 Norte de Santander M	1	0	1	Folio 180
Mesa 878 Norte de Santander M	1	0	1	Folio 180
Mesa 880 Norte de Santander M	1	0	1	Folio 180
Mesa 892 Norte de Santander M	0	1	1	Folio 181
Mesa 896 Norte de Santander M	5	0	5	Folio 181
Mesa 897 Norte de Santander M	0	1	1	Folio 181
Mesa 898 Norte de Santander M	14	0	14	Folio 181
Mesa 899 Norte de Santander M	13	1	12	Folio 181
Mesa 890 Norte de Santander M	0	1	1	Folio 181
Mesa 900 Norte de Santander M	0	1	1	Folio 181
Mesa 901 Norte de Santander M	6	1	5	Folio 181
Mesa 1184 Putumayo M	48	0	48	Folio 181
Mesa 902 Quindío A	0	5	5	Folio 181
Mesa 903 Quindío A	0	14	14	Folio 181

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 904 Quindío A	0	13	13	Folio 181
Mesa 908 Quindío A	0	6	6	Folio 181
Mesa 910 Quindío M	0	48	48	Folio 181
Mesa 912 Quindío M	25	0	25	Folio 182
Mesa 916 Quindío M	20	0	20	Folio 182
Mesa 918 Quindío M	6	0	6	Folio 182
Mesa 920 Risaralda A	5	25	20	Folio 182
Mesa 921 Risaralda A	5	0	5	Folio 182
Mesa 921 Risaralda M	8	0	8	Folio 182
Mesa 922 Risaralda A	2	20	18	Folio 182
Mesa 923 Risaralda A	4	6	2	Folio 182
Mesa 923 Risaralda M	1	0	1	Folio 182
Mesa 924 Risaralda A	1	5	4	Folio 182
Mesa 924 Risaralda M	3	0	3	Folio 182
Mesa 925 Risaralda M	1	5	4	Folio 182
Mesa 926 Risaralda M	0	8	8	Folio 182
Mesa 927 Risaralda A	1	2	1	Folio 182
Mesa 927 Risaralda M	2	0	2	Folio 182
Mesa 928 Risaralda M	1	4	3	Folio 182
Mesa 930 Risaralda M	2	1	1	Folio 182
Mesa 931 Risaralda M	2	3	1	Folio 182
Mesa 935 Risaralda M	1	2	1	Folio 183
Mesa 938 Risaralda M	1	2	1	Folio 183
Mesa 939 Risaralda M	1	2	1	Folio 183
Mesa 1185 San Andrés A	1	14	13	Folio 183
Mesa 1186 San Andrés M	1	8	7	Folio 183
Mesa 1033 Santander M	3	2	1	Folio 184
Mesa 1034 Santander M	0	1	1	Folio 184
Mesa 1035 Santander M	15	1	14	Folio 184
Mesa 1037 Santander M	27	1	26	Folio 184
Mesa 1039 Santander M	32	1	31	Folio 184
Mesa 1041 Santander M	0	1	1	Folio 184
Mesa 1042 Santander M	11	1	10	Folio 184
Mesa 1043 Santander M	5	3	2	Folio 184
Mesa 940 Santander M	2	0	2	Folio 184
Mesa 944 Santander A	0	15	15	Folio 184
Mesa 945 Santander A	12	27	15	Folio 184
Mesa 946 Santander A	0	32	32	Folio 184
Mesa 946 Santander M	7	1	6	Folio 185

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 947 Santander A	4	0	4	Folio 185
Mesa 948 Santander M	2	11	9	Folio 185
Mesa 949 Santander A	7	5	2	Folio 185
Mesa 950 Santander A	4	2	2	Folio 185
Mesa 951 Santander A	4	1	3	Folio 185
Mesa 952 Santander A	20	12	8	Folio 185
Mesa 952 Santander M	8	1	7	Folio 185
Mesa 953 Santander A	1	0	1	Folio 185
Mesa 953 Santander M	17	7	10	Folio 185
Mesa 954 Santander A	0	4	4	Folio 185
Mesa 955 Santander M	6	2	4	Folio 185
Mesa 956 Santander A	5	7	2	Folio 185
Mesa 957 Santander M	3	0	3	Folio 185
Mesa 959 Santander M	2	20	18	Folio 185
Mesa 960 Santander A	0	8	8	Folio 185
Mesa 961 Santander A	1	17	16	Folio 185
Mesa 961 Santander M	1	0	1	Folio 185
Mesa 962 Santander A	1	6	5	Folio 185
Mesa 963 Santander M	1	5	4	Folio 185
Mesa 964 Santander M	1	4	3	Folio 185
Mesa 965 Santander M	1	3	2	Folio 185
Mesa 966 Santander M	1	4	3	Folio 185
Mesa 967 Santander M	1	2	1	Folio 185
Mesa 968 Santander M	1	0	1	Folio 185
Mesa 990 Santander M	11	1	10	Folio 186
Mesa 991 Santander M	21	1	20	Folio 186
Mesa 992 Santander M	16	1	15	Folio 186
Mesa 993 Santander M	13	1	12	Folio 186
Mesa 994 Santander M	7	1	6	Folio 186
Mesa 995 Santander M	3	1	2	Folio 186
Mesa 996 Santander M	3	0	3	Folio 186
Mesa 1044 Sucre A	0	11	11	Folio 187
Mesa 1045 Sucre A	2	21	19	Folio 187
Mesa 1046 Sucre A	1	16	15	Folio 187
Mesa 1047 Sucre A	1	13	12	Folio 187
Mesa 1050 Sucre A	1	7	6	Folio 187
Mesa 1051 Sucre A	1	3	2	Folio 187
Mesa 1053 Sucre A	1	3	2	Folio 187
Mesa 1055 Sucre M	2	1	1	Folio 187

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 "Asuntos Electorales"

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 1056 Sucre M	4	1	3	Folio 187
Mesa 1057 Sucre M	1	0	1	Folio 187
Mesa 1058 Sucre M	1	2	1	Folio 187
Mesa 1062 Sucre M	0	1	1	Folio 187
Mesa 1063 Sucre M	0	1	1	Folio 187
Mesa 1064 Sucre M	0	1	1	Folio 187
Mesa 1065 Sucre M	0	1	1	Folio 187
Mesa 1066 Sucre M	1	4	3	Folio 187
Mesa 1071 Sucre M	2	0	2	Folio 187
Mesa 1072 Sucre M	1	0	1	Folio 187
Mesa 1073 Sucre M	1	0	1	Folio 187
Mesa 1103 Tolima M	1	4	3	Folio 188
Mesa 1104 Tolima M	1	11	10	Folio 188
Mesa 1106 Tolima M	1	4	3	Folio 188
Mesa 1107 Tolima M	5	4	1	Folio 188
Mesa 1109 Tolima M	1	5	4	Folio 188
Mesa 1110 Tolima M	2	1	1	Folio 188
Mesa 1112 Tolima M	1	2	1	Folio 188
Mesa 1117 Tolima M	2	5	3	Folio 188
Mesa 1118 Tolima M	16	1	15	Folio 188
Mesa 1119 Tolima M	25	1	24	Folio 188
Mesa 1120 Tolima M	0	2	2	Folio 188
Mesa 1121 Tolima M	28	2	26	Folio 188
Mesa 1123 Tolima M	20	1	19	Folio 188
Mesa 1124 Tolima M	13	1	12	Folio 188
Mesa 1125 Tolima M	36	1	35	Folio 188
Mesa 1126 Tolima M	17	1	16	Folio 188
Mesa 1127 Tolima M	14	2	12	Folio 188
Mesa 1128 Valle A	0	16	16	Folio 188
Mesa 1128 Valle M	9	25	16	Folio 188
Mesa 1129 Valle M	14	28	14	Folio 188
Mesa 1130 Valle A	2	1	1	Folio 189
Mesa 1130 Valle M	31	20	11	Folio 189
Mesa 1131 Valle A	24	13	11	Folio 189
Mesa 1131 Valle M	2	36	34	Folio 189
Mesa 1132 Valle A	2	17	15	Folio 189
Mesa 1132 Valle M	1	14	13	Folio 189
Mesa 1133 Valle A	3	0	3	Folio 189
Mesa 1133 Valle M	2	9	7	Folio 189

MESA	TOTAL EN ACTA DE ESCRUTINIOS	TOTAL REAL	DIFERENCIA ABSOLUTA	UBICACIÓN
Mesa 1134 Valle A	1	0	1	Folio 189
Mesa 1134 Valle M	1	14	13	Folio 189
Mesa 1135 Valle A	5	7	2	Folio 189
Mesa 1135 Valle M	23	31	8	Folio 189
Mesa 1136 Valle M	0	24	24	Folio 189
Mesa 1137 Valle M	13	2	11	Folio 189
Mesa 1138 Valle A	1	2	1	Folio 189
Mesa 1139 Valle A	2	3	1	Folio 189
Mesa 1139 Valle M	0	2	2	Folio 189
Mesa 1142 Valle M	1	5	4	Folio 189
Mesa 1143 Valle M	1	23	22	Folio 189
Mesa 1144 Valle M	8	13	5	Folio 189
Mesa 1147 Valle M	1	2	1	Folio 189
Mesa 1148 Valle M	1	0	1	Folio 189
Mesa 1151 Valle M	8	1	7	Folio 190
Mesa 1153 Valle M	21	0	21	Folio 190
Mesa 1154 Valle M	1	8	7	Folio 190
Mesa 1155 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1158 Valle M	14	1	13	Folio 190
Mesa 1161 Valle M	1	8	7	Folio 190
Mesa 1163 Valle M	1	21	20	Folio 190
Mesa 1164 Valle M	23	1	22	Folio 190
Mesa 1165 Valle M	10	0	10	Folio 190
Mesa 1167 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1168 Valle M	1	14	13	Folio 190
Mesa 1171 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1172 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1173 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1174 Valle M	14	23	9	Folio 190
Mesa 1175 Valle M	8	10	2	Folio 190
Mesa 1176 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1178 Valle M	0	1	1	Folio 190
Mesa 1179 Valle M	0	1	1	Folio 191
Mesa 1180 Valle M	0	1	1	Folio 191
DIFERENCIA TOTAL			2.854	

De lo anterior, es claro que en 316 mesas en el cuadro en precedencia, existen inconsistencias en la sumatoria de los votos depositados. Tales inconsistencias recaen sobre **2854 votos**, lo que

significa que estos fueron sumados o restados erróneamente en las mesas reseñadas.

Aunque, tal como lo señala el actor, del documento analizado es imposible determinar a qué candidato fue asignada o restada la votación, estos votos, que fueron equivocadamente descontados o adicionados en las mesas de votación señaladas, puede tener la entidad suficiente para afectar el resultado electoral, puesto que se constituye en el 62.6 % de la votación total para Representante de Funcionarios, que fue de 4559 votos¹³—según el Acta de Escrutinio General que obra a folio 191 del expediente— y la diferencia entre el candidato electo como Representante de los Jueces y Magistrados, y el segundo en votación fue de 345 votos¹⁴—según la misma Acta de Escrutinio General—.

Entonces, resulta evidente para esta Sala Electoral, que las inconsistencias en la sumatoria de los votos en el Acta de Escrutinio General Representante de los Funcionarios-2015, es de tal entidad que resultaría afectado el resultado final, puesto que supera más de tres veces el número de votos obtenido por el candidato que resultó electo que fue de 824 votos.

Del anterior análisis, no existe hesitación alguna en esta etapa procesal sobre las irregularidades acaecidas en el proceso electoral adelantado por la Comisión Interinstitucional, específicamente en la consolidación de los resultados en el Acta de Escrutinio General para Representante de los Funcionarios, por lo que viciado el procedimiento que conllevó a la declaratoria de la elección del Representante de los Jueces y Magistrados, y por lo representativo y relevante del número de votos alterados, frente a la votación total, y la votación obtenida por los elegidos es ostensible su incidencia en el resultado final, por lo que es evidente que dicha elección resultó afectada.

Atendiendo los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tal como ha sido señalado por esta Corporación "El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho"¹⁵ y precisamente como viene de verse se ha establecido en el caso concreto y en este estado del proceso de conformidad con las pruebas allegadas que "el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor, del que se expone en la demanda, que de no precaverse transforme en tardío el fallo definitivo"¹⁶

En razón a que, si bien es cierto que la acción de nulidad electoral, por mandato constitucional, debe decidirse en un término máximo de 6 meses si se trata de única instancia, como en este caso, el constituyente derivado en el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 -Reforma Equilibrio de

Poderes- indicó un procedimiento eleccionario concreto y específico para la conformación del nuevo órgano encargado de gobernar y administrar la Rama judicial, que establece plazos perentorios para la elección escalonada de sus miembros estamentarios y permanentes, así como del gerente, por esta razón, estima la Sala que es indispensable que se garantice tanto para los electores como para los elegidos de los Representantes de los jueces y Magistrados y Empleados la efectiva representación, y que esta corresponda a la verdadera voluntad de sus pares, tal como fue establecido en la Reforma Constitucional de 2015, por consiguiente, es evidente que en el asunto objeto de debate concurren los dos principios antes referidos, puesto que la irregularidades en la elección de funcionarios son de tal magnitud que el resultado no refleja la verdadera voluntad de los electores. Por lo tanto mientras se surte el trámite del proceso, es menester decretar la medida de suspensión provisional del acto de elección del representante de los funcionarios, pues tal como se ha indicado está demostrado que existen razones para desatender la presunción de legalidad del acto demandado, en virtud de proteger el principio de apariencia de buen derecho.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las falencias en la consolidación de la votación en el Acta de Escrutinio General para representante de Funcionarios son de la entidad suficiente para modificar los resultados, considera esta Sala de decisión que el acto de declaratoria de elección del Representante al Consejo de Gobierno Judicial de los Jueces y Magistrados se **expidió de forma irregular** por lo que se debe decretar la **suspensión provisional del Acuerdo No. 11 de 2 de septiembre de 2015 "Por medio del cual se declaran elegidos los Representantes de Magistrados de Tribunal y Jueces y Empleados de la Rama Judicial para conformar el Consejo de Gobierno Judicial"** en lo referente a la elección de VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO.

Por tanto habiendo valorado las pruebas referenciadas conforme a la **sana crítica**¹⁷, sistema consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, las reglas de la lógica y la experiencia, llevan a la persuasión racional, libre de discrecionalidades y arbitrariedades, acerca del conocimiento de que la irregularidades y falencias en el proceso de elección de los Representantes al Consejo de Gobierno Judicial afectaron el resultado final de la votación.

2. En lo que tiene que ver con los demás cargos alegados por el actor, en este momento del proceso, no es posible determinar con el material probatorio existente si las demás irregularidades alegadas en el proceso eleccionario tienen la suficiente entidad para afectar el acto de elección y por ende, si el acto demandado fue expedido de manera irregular con violación a las normas en las que debería fundarse, o existió falsa motivación.

Señala el actor que no se contabilizaron lo votos de Cundinamarca en el Acta de Escrutinio General. Si bien es

13 Aunque en el Acuerdo No. 11 de 2015, se dice que los votos fueron 4553. Folios 91-96.

14 Vicente Calixto de Santis 824 votos y María del Pilar Arango Hernández 479.

15 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001031500020140379900. M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Auto de 17 de marzo de 2015.

16 Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 2009.

17 Ver sentencia Corte Constitucional C- 202 de 8 de marzo de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

cierto, en la mencionada acta no aparece ningún dato sobre el Departamento de Cundinamarca, de esta simple omisión no se puede deducir la existencia de irregularidad, por lo tanto en este momento procesal y con las pruebas obrantes esta sala de Decisión no puede determinar si existió o no irregularidad con dicha ausencia, y por ende si se afectó el acto final de declaratoria de elección aquí demandado.

En cuanto a las falencias en la implementación del voto electrónico, si bien es cierto no se habilitó el link en la página web de la Rama judicial, tal como había sido establecido en el protocolo anexo del Acuerdo No. 6 de 17 de julio de 2015, para que los electores ejercieran el derecho al voto, en esta etapa procesal no es posible determinar la incidencia de dicha omisión en el resultado final.

Respecto de (i) las irregularidades en la publicidad de los actos del proceso, (ii) el posible incumplimiento del auto de 25 de agosto de 2015, emitido dentro del radicado 2015-0018, que se adelanta en esta misma Sala Electoral, en el que se pretende la nulidad del Acuerdo No. 06 de 2015, y (iii) la utilización de símbolos patrios en la campaña electoral por el candidato Vicente de Santis Caballero, que indica el actor en la demanda y como fundamentos de la solicitud de la medida provisional, en esta etapa del proceso no aparece evidenciada la transgresión de las normas invocadas como vulneradas con dichas circunstancias fácticas alegadas y por lo tanto tampoco es posible determinar si dichas situaciones enunciadas afectaron efectivamente el proceso electoral y por ende el acto de declaratoria de elección demandado.

Así las cosas, para esta Sala Electoral, luego de analizadas las pruebas obrantes en el plenario, en esta etapa procesal, resulta conducente decretar la medida de suspensión provisional del Acuerdo No. 11 de 2 de septiembre de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial “*Por medio del cual se declaran elegidos los Representantes de Magistrados de Tribunal y Jueces y Empleados de la Rama Judicial para conformar el Consejo de Gobierno Judicial*” en lo referente a la elección de Vicente Calixto de Santis Caballero como Representante de los Jueces y Magistrados al Consejo de Gobierno Judicial **por infracción de las normas en que debería fundarse y fue expedido irregularmente**, sin que esto implique prejuicio, tal como ha sido señalado por esta Sección.

En cuanto a la solicitud de suspensión provisional de la elección de Martha Lía Herrera Gaviria como Representante de los Empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno, frente a la falta de prueba que permita dar certeza de las irregularidades en cuanto a su elección, no encuentra esta Sección que se den los requisitos para decretarla en esta etapa del proceso, atendiendo a los criterios que deben tenerse en cuenta como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tal como ha sido señalado por esta Corporación¹⁸.

En lo que tiene que ver con la solicitud presentada por el actor de convocar nuevas elecciones de los empleados y funcionarios judiciales, se negará por cuanto en esta etapa del proceso no se ha decidido de manera definitiva sobre la legalidad del acto acusado.

Por último referente a la solicitud de la suspensión del proceso de elección de los tres miembros permanentes, esta Sala de decisión se abstendrá de pronunciarse en la medida en que la petición ha sido planteada como subsidiaria a la prosperidad de la principal.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 231, 276 y 277 del CPACA la Sala,

RESUELVE:

Primero. Admitir la demanda de nulidad electoral promovida por el señor **WILLIAM EFRAÍN CASTELLANOS BORDA** contra la elección de **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO Y MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** como Representantes de los jueces y magistrados y empleados al Consejo de Gobierno y administración de la Rama Judicial, por lo que se dispone:

1. **Notifíquese** a los señores **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO Y MARTHA LÍA HERRERA GAVIRIA** como Representantes al Consejo de Gobierno y Administración Judicial de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.
2. **Notifíquese** personalmente a todos los miembros de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.
3. **Notifíquese** personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.
4. **Notifíquese** por estado a la parte actora.
5. **Infórmese** a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del CPACA.
6. **Infórmese** al Presidente del Consejo de Gobierno y Administración de la Rama Judicial como lo ordena el numeral 6º del artículo 277 del CPACA.

Segundo. Decretar la suspensión provisional del Acuerdo No. 11 de 2 de septiembre de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional del Rama Judicial en cuanto declaró la elección de **VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO** como Representante de los Jueces y Magistrados la Rama Judicial, solicitada por el demandante.

Tercero. Negar la solicitud de la medida de suspensión provisional del acto demandado en cuanto a la declaratoria

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001031500020140379900. M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

de elección de **MARTA LÍA HERRERA GAVIRIA**, como Representante de los Empleados de la Rama Judicial ante el Consejo de Gobierno.

Cuarto. Negar la solicitud de medida cautelar consecencial de convocar a nuevas elecciones de los Representantes de los Jueces y Magistrados y Empleados de la Rama Judicial al Consejo de Gobierno Judicial.

Quinto. Tener como coadyuvante al señor **ÓSCAR LEONARDO AGUILLÓN DUARTE** en los términos del artículo 223 del CPACA.

Sexto. Notifíquese personalmente al señor la aceptación de la coadyuvancia de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Rocío Araújo Oñate

Carlos Enrique Moreno Rubio

Alberto Yepes Barreiro

SUSPENSION PROVISIONAL - Recuento normativo / SUSPENSION PROVISIONAL - Procede si aparece la violación normativa del análisis del acto demandado y su confrontación con las disposiciones superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas / SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos para decretarla

Tal como ha sido señalado por esta Sala Electoral la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; empero el operador judicial en cada caso concreto al abordar el estudio inicial o preliminarmente, puede suspender los efectos de dicho acto, cuando quiera que se evidencie el quebrantamiento invocado o el mismo se evidencie del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Señalado desde antaño, la herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193. Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes). El Estado de Derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o transitoriamente, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”. Hoy en día el artículo 229 del C.P.A.C.A. consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre

el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, el cambio sustancial respecto del régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo C.P.A.C.A., el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento. Así mismo, como lo ha indicado esta Sala Electoral en pronunciamientos anteriores, el papel más activo que se le otorgó al juez con las dinámicas implementadas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le dieron amplias facultades en cuanto a la aplicación de herramientas de cautela con miras a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, mientras se enjuicia la legalidad y la constitucionalidad del acto acusado

NOTA DE RELATORIA: Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. Rad. 2014-00057-00. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandado: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial / CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL - Requisitos para desempeñar el cargo de miembro permanentes de dedicación exclusiva

Señala el demandante al hacer extensiva en la Convocatoria del proceso de elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva a aspirantes con un perfil diferente al previsto en el Acto Legislativo 02 de 2015 se invadió la órbita competencial asignada al constituyente, pues los requisitos señalados en este último son taxativos y no meramente enunciativos y se debió seleccionar entre los aspirantes cuyos perfiles resultaran complementarios entre sí y no definir nuevos perfiles diferentes a los determinados. Frente a la afirmación del demandante la Sala considera que en efecto el Acto Legislativo 02 de 2015 establece en cuanto a los miembros permanentes con dedicación exclusiva en su artículo 15 lo siguiente: “deberán tener 10 años de experiencia en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública. En su elección se deberá asegurar la diversidad de perfiles académicos y profesionales” En cuanto a la Convocatoria 01 de 2015, el Consejo de Gobierno Judicial señaló: “para garantizar la diversidad profesional y académica de estos integrantes del Consejo de Gobierno judicial, se hace extensiva la convocatoria a especialistas en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), profesionales con capacidades gerenciales (finanzas administración del talento humano) y expertos en política públicas con conocimientos o experiencia en el sistema judicial” De la norma transcrita se extrae que el requisito establecido por el constituyente derivado se refiere a la experiencia y le otorga la facultad a los demás miembros del Consejo de Gobierno Judicial para “asegurar la diversidad de perfiles académicos y profesionales”. El perfil es un

término usado en el área del talento humano para definir las características personales y requisitos académicos que debe cumplir una persona para ocupar un cargo específico. El perfil académico hace referencia a los estudios requeridos para ocupar un cargo y cumplir con las bases conceptuales, técnicas y prácticas para desarrollar a cabalidad las funciones asignadas. Atendiendo a la norma constitucional y la definición de perfil académico y perfil profesional, debe entenderse que el Consejo de Gobierno en la elección de los 3 primeros miembros permanentes de dedicación exclusiva tiene la posibilidad de establecer parámetros enmarcados en la experiencia señalada por el constituyente en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública, que garanticen perfiles diferentes, respetando siempre el criterio de experiencia definido en la norma constitucional. Como ya se anotó, el perfil académico se refiere a los estudios y el perfil profesional a los estudios más la experiencia misma, entonces correspondía al Consejo de Gobierno Judicial señalar en la convocatoria parámetros para que la escogencia de los tres miembros recayera sobre profesiones o perfiles profesionales o académicos diversos, es decir que los 3 miembros escogidos tuvieran distintos perfiles profesionales o académicos. Así al "hace(r) extensiva la convocatoria a especialistas en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), profesionales con capacidades gerenciales (finanzas administración del talento humano)", la competencia asignada no se extralimita porque sencillamente la norma constitucional hizo referencia a "perfiles" mientras que la reglamentaria se ocupa de "profesiones", que son dos aspectos perfectamente diferenciables y con posible concurrencia en una convocatoria (casi de obligatoria definición), razón por la que no existe posibilidad por ahora de comparar estos dos factores para colegir si se cionó o no a lo preceptuado por la norma superior. En este punto, es menester resaltar que hace parte de los deberes del juez interpretar la demanda y en el caso concreto el demandante ubica su reproche en una posible extralimitación del Consejo de Gobierno Judicial que viola lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2015. Al respecto evidencia la Sala que en la convocatoria no se estableció ningún criterio o parámetro en la para garantizar la "diversidad de perfiles" lo cual era una obligación señalada por el constituyente. En esta etapa procesal no obra prueba que demuestre que, en la selección de los tres miembros de dedicación exclusiva efectivamente no se garantizó dicha diversidad, por lo tanto el cargo no prospera para decretar la medida solicitada de suspensión de los efectos del acto administrativo de elección.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial / CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL - Período de los miembros permanentes de dedicación exclusiva / CONCURSO - Modificación de las reglas y condiciones de participación / SUSPENSION PROVISIONAL - Modificación de las reglas y condiciones de participación

Aduce el actor que la convocatoria 01 de 2015 vulneró el principio de transparencia, en cuanto contempló unas reglas

de periodo para los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial distintos a los que consignó el Acto Legislativo 02 de 2015, además de variar las reglas del concurso en el decurso del proceso. Para resolver debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 02 de 2015 en el artículo 15, señaló un periodo individual para estos miembros de 4 años. Sin embargo, en las reglas transitorias contempladas en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo indicó que para la primera conformación del Consejo de Gobierno Judicial "uno de los tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva será elegido para un periodo de dos años, y otro será elegido para un periodo de tres años". Por su parte, la convocatoria consagró que "los dos primeros miembros designados tendrán periodos individuales de 3 años y el último nombrado lo será para un periodo de 2 años". De lo anterior, se advierte que si bien el constituyente derivado reguló con claridad el periodo respecto de dos (2) de los miembros de dedicación exclusiva, guardó silencio frente al tercero de éstos, circunstancia que habilitó, por razones de eficacia de la norma jurídica, al Consejo de Gobierno Judicial para establecer el periodo de éste último, so pena de que las disposiciones aludidas cayeran en la inoperatividad. No obstante, es claro que el momento para fijar el periodo mencionado, ante el vacío de la norma del legislador, era la convocatoria, como en efecto ocurrió, y con ello, el Consejo de Gobierno Judicial se obligó a respetar la regla allí prevista no solo en el decurso del proceso sino al momento de la elección. Lo anterior, en tanto, la convocatoria es en esencia el acto por el cual la administración fija las pautas que determinarán la validez de la decisión final, en este caso, de la elección, pues es ésta la que consagra las bases sobre las cuales se desarrollará el concurso, de tal manera que es allí donde se expone a los interesados con claridad las reglas a que se sujetará su participación y las de la propia administración. De allí la importancia de que los procedimientos que se dieran al interior del Consejo de Gobierno Judicial con fines electorales, cumplieran con rigor el principio de legalidad que impone respetar el derecho vigente para el momento en que se inicia el proceso de elección, que para el efecto, ocurre con la convocatoria, so pretexto de violar, entre otros, los principios constitucionales de la transparencia y la buena fe. Al respecto, esta Corporación ha dicho que: "la entidad estatal que convoca a concurso (abierto o cerrado), debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma. La Sala resalta que quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad de que se respetarán las reglas impuestas. Cuando estas no son tenidas en cuenta por la entidad que lo ha convocado o se cambian en el curso de su desarrollo se desconoce el principio constitucional de la buena fe". Lo contrario, equivaldría no solo a violar el principio de legalidad que se manifiesta precisamente en "la exigencia de lex previa y scripta", esto es, el respeto por las reglas electorales existentes como componente principal del derecho fundamental al debido proceso, sino también a desconocer el principio universalmente

reconocido a la seguridad jurídica, el cual propugna por brindar al conglomerado social certeza sobre las actuaciones jurídicas y, el derecho a la igualdad, pues es precisamente el establecimiento y respeto de las reglas concursales las que “buscan garantizar la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes”, que pugnen por una participación en la convocatoria excluyendo cualquier factor de discriminación que concreta la democracia inclusiva. Luego de lo anterior, es claro para la Sala que si bien no constituye yerro alguno, como ya se explicó, que el Consejo de Gobierno Judicial, con el fin de lograr que la norma jurídica fuera eficaz en el ordenamiento jurídico, hubiera llenado el vacío del Acto Legislativo respecto al periodo del tercero de los miembros, sí defraudó los principios y derechos constitucionales arriba mencionados, cuando al momento de la elección, mediante el Acuerdo N° 009 de 2015, expresó que el periodo de uno de los miembros iba a ser de 4 años. Porque con ello modificó las reglas y condiciones de participación vinculantes y de obligatorio cumplimiento, inicialmente señaladas en la Convocatoria –regla del concurso-, para proponer otras en la etapa de elección, como si se pudiera dejar al arbitrio de los electores la variación de las bases del concurso en cualquier etapa, no garantizando el principio de igualdad formal y material prescrito en el artículo 13 de la Constitución. En consecuencia, comoquiera que lo sucedido constituye también una flagrante violación al artículo 29 Constitucional, el cargo mencionado está llamado a prosperar, para efectos cautelares.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00048-00

Actor: Fredy Antonio Machado Lopez

Demandado: Consejo De Gobierno Judicial

Auto que admite la demanda y resuelve la solicitud de medida cautelar de urgencia

Corregida la demanda conforme con los requerimientos observados en auto de 7 de diciembre de 2015, presentada por el ciudadano Fredy Antonio Machado López, procede la Sala a pronunciarse con fundamento en los artículos 234 y 277 del CPACA, sobre su admisión y sobre la solicitud medida cautelar de **urgencia** de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaran elegidos como miembros permanentes de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial a **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda**.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la parte actora instauró demanda contra el Acuerdo No. 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial “*Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial*” y presentó la siguiente pretensión:

“(…) se declare la nulidad de la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial, declarada mediante el Acuerdo No. 009 de 2015, así como la convocatoria pública No. 01 de 2015 fundamento del primero”

El demandante señala como concepto de violación de los actos demandados, de conformidad con los artículos 275 y 137 de la Ley 1437 de 2011, la vulneración a lo dispuesto en los artículos 2º y 15 del Acto Legislativo 02 de 2015 excediendo las atribuciones conferidas al Consejo de Gobierno Judicial y presentó los siguientes cargos:

1. En la Convocatoria Pública No. 01 de 2015, que dio lugar al acto de elección contenida en el Acuerdo No. 009 de 2015, se amplió el perfil establecido en el artículo 15 del Acto Legislativo No. 02 de 2015 para los aspirantes a miembros de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial, y se extendió “(…) *a especialistas en tecnologías de la Información y las comunicaciones (TIC), profesionales con capacidades gerenciales (finanzas, administración del talento humano) y expertos en políticas públicas con conocimientos o experiencia en el sistema judicial*”.
2. En la Convocatoria Pública No. 01 de 2015 que dio lugar al acto de elección contenida en el Acuerdo No. 009 de 2015, se modificó el periodo señalado en el artículo 15 del Acto Legislativo No. 02 de 2015 para uno de sus miembros al establecer que “(…) *los dos primeros designados tendrán periodos individuales de 3 años y el último nombrado lo será por un periodo de 2 años*”, violando así el principio de transparencia.
3. El Acto Legislativo 02 de 2015 estableció que la elección de los miembros permanentes y de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial debía darse dentro de los 2 meses posteriores a la elección o designación de los demás miembros del Consejo de Gobierno Judicial y la convocatoria Pública 01 estableció como plazo el 5 de noviembre de 2015 para realizar dicha elección, la que realmente se realizó el 9 de noviembre de 2015, excediendo así el plazo establecido por el Constituyente derivado.
4. La elección de los miembros permanentes y de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial es violatoria de la Constitución en tanto para la misma se requería la existencia de Ley previa.

5. La convocatoria pública y la elección de los miembros permanentes y de dedicación exclusiva es violatoria de la Constitución, en tanto para el funcionamiento de ese órgano se requiere la existencia de Ley Estatutaria en los términos del Acto Legislativo 02 de 2015.

6. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia no tiene competencia para representar al Consejo de Gobierno Judicial.

Como medidas cautelares de urgencia solicitó (i) la suspensión provisional de los efectos del acto de elección objeto de la demanda, y (ii) la suspensión de las actividades del Consejo de Gobierno Judicial.

2. Mediante auto de 7 de diciembre de 2015, el Despacho Ponente inadmitió la demanda por carecer de los requisitos señalados en la ley y le otorgó al demandante el término de tres días para que subsanara y de conformidad con el artículo 162 numerales 1º y 7º del CPACA informara las partes y el lugar y dirección donde recibirán estas las notificaciones personales, so pena de rechazar la demanda.

3. El demandante presentó memorial que obra a folio 53 del expediente e informó lo solicitado por el Despacho Ponente.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso y por ende para decidir sobre la admisión y la solicitud de suspensión provisional del acto demandado en virtud del inciso final del artículo 277 del CPACA.

En consideración a que en el presente proceso se está demandando el Acuerdo No. 009 de 2015, expedido por el Consejo de Gobierno Judicial en el cual se declaró la elección de **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda** y teniendo en cuenta que la demanda se fundamenta en irregularidades en la convocatoria, se trata de una misma elección en el mismo organismo, como lo es el Consejo de Gobierno Judicial, no se trata de elección popular y los cargos se dirigen a cuestionar el proceso electoral como tal, en aplicación de los principios de celeridad y de economía procesal, se tramitará de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación en un solo proceso¹.

2. Admisión de la demanda

En materia electoral, la demanda debe reunir las exigencias

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 2011-00061-00 Actor: José Antonio Quintero Jaimes. Sentencia de 28 de Octubre de 2012. Rad. 2010-00628-02. Actor: Rigoberto Quintero Camacho sentencia de 18 de julio de 2013.

previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con: la designación de las partes, la expresión clara y precisa de lo que se pretende con los respectivos fundamentos de derecho, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de violación, la indicación de los hechos y omisiones determinados, clasificados y enumerados, la petición de pruebas y el lugar de dirección y notificación de las partes, así como el deber de anexar la copia del acto acusado. Además la presentación debe hacerse dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código.

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos de los artículos 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A., observa la Sala que la demanda se ajusta a tales exigencias.

En cuanto a la oportunidad para la presentación, ésta se radicó en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado el 3 de diciembre de 2015, por lo que se encuentra dentro del término establecido en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la misma normativa², razones por las cuales se admite la solicitud de nulidad de la elección de **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda**, contenida en el Acuerdo 009 de 9 de noviembre de 2015.

De otro lado, frente a la pretensión relacionada con la nulidad de la convocatoria 01 de 2015, si bien el actor refiere como acto demandado únicamente el Acuerdo 009 de 2015, es necesario acotar que en los procesos de nulidad electoral, el estudio de legalidad recae sobre el acto definitivo que declara la elección, y que la revisión de los actos preparatorios o de trámite se da en la eventualidad en que estos incidan en el acto final, razón por la cual se admitirá únicamente en lo que tiene que ver con la declaratoria de la elección, lo cual no obsta para que los actos preparatorios sean revisados y analizados en virtud de establecer la existencia de las irregularidades alegadas.

3. Suspensión Provisional

Tal como ha sido señalado por esta Sala Electoral³ la fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; empero el operador judicial en cada caso concreto al abordar el estudio inicial o preliminarmente, puede suspender los efectos de dicho acto, cuando quiera que se evidencie el quebrantamiento invocado o el mismo se evidencie del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud⁴.

2 17 días después de la expedición del Acto Administrativo demandado.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

4 "De una lectura lógica y razonable del artículo 231 del CPACA se desprende, entonces, que el legislador no pretendió sujetar la procedencia de la suspensión provisional a más requisitos que los estrictamente necesarios

Señalado desde antaño, la herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de Derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”.

Hoy en día el artículo 229 del C.P.A.C.A. consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar *i)* se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y *ii)* al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto del régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la

para que el fallador se hiciera una primera idea sobre la situación puesta a su conocimiento: normas violadas, razón de la violación y pruebas, si las hay, el resto, obvia y naturalmente corresponde al togado, llamado a determinar si existe o no razón en lo que se alega.”. Tomado del artículo “El resurgimiento normativo y hermenéutico de la suspensión provisional – Idoneidad y eficacia de la medida cautelar”, escrito por el Doctor Alberto Yepes Barreiro para el Libro “Sociedad, Estado y Derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis” – Tomo II, Universidad del Rosario, págs. 217 y 218. También citado por Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. 2014-03799-00. Actor Gustavo Petro Urrego. C/ Procuraduría General de la Nación. M.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Auto 17 de marzo de 2015.

luz del artículo 231 del nuevo C.P.A.C.A., el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁵.

Así mismo, como lo ha indicado esta Sala Electoral en pronunciamientos anteriores⁶, el papel más activo que se le otorgó al juez con las dinámicas implementadas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le dieron amplias facultades en cuanto a la aplicación de herramientas de cautela con miras a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁷, mientras se enjuicia la legalidad y la constitucionalidad del acto acusado.

5. Caso concreto

Conviene precisar, que el actor propuso en el escrito de demanda la solicitud y sustentación de la medida cautelar de suspensión provisional de urgencia, que fundamentó en la vulneración de los artículos 2º, 15 y 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 y los artículos 4, 122 y 124 de la Constitución Política.

Atendiendo entonces a lo solicitado por el actor, quien sustenta la petición en la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas, esta Sala de decisión sólo se referirá a la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA.

Antes de entrar a estudiar cada uno de los cargos alegados por el actor, es necesario establecer el marco constitucional y legal del proceso de elección de los tres miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial así:

5.1. Marco constitucional y legal del proceso de elección de los miembros de dedicación exclusiva

El inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, establece que “[s]alvo los concursos **regulados por la ley**, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública **reglada por la ley**, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”.

Dicho precepto contempla dos posibilidades para el trámite de elección de servidores públicos: el que establezca la ley, según el caso y, el que careciendo de tal previsión legal, deba llevar a cabo una corporación pública a través de una convocatoria pública, la cual debe también estar reglada por norma positiva. Dentro de la segunda, se ubica el asunto que ocupa la atención de la Sala.

Al respecto, cabe decir que, en principio, es el legislador

5 Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

6 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto de 18 de junio de 2015. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

7 Art. 229 del CPACA.

quien tiene la potestad de especificar los términos a los cuales deban ceñirse las convocatorias, cuya ejecución le compete a la correspondiente corporación pública electora. No obstante, en esta oportunidad, es la propia Constitución la que facultó al Consejo de Gobierno Judicial para seleccionar a los tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva, entre tanto se promulga la ley estatutaria de administración judicial, aunque dicha competencia es residual o subsidiaria, esto es, que solo son posibles de reglamentar los asuntos o aspectos no señalados expresamente por el constituyente derivado.

Lo anterior se explica y evidencia normativamente en la medida en que el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 consagró un régimen transitorio para definir la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial. Empero, del tenor literal de la norma en cita se puede colegir que tal precepto constituye una potestad reglada porque predetermina en forma concreta la conducta que el Consejo de Gobierno Judicial debe seguir.

En otras apalabras esa disposición establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto.

Por ello podemos inferir que tal precepto no eximió a este órgano de la obligación de que la elección de los tres integrantes antes referidos estuviera precedida de una convocatoria pública reglada, que debía atender el marco general previamente establecido por el constituyente derivado, que señaló los términos para realizar las elecciones, los requisitos y los periodos de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial.

Ello es apenas obvio en el marco del Estado Social de Derecho, en el que la preexistencia de normas que determinen el proceder de las autoridades investidas de función pública, traduzcan la protección del interés general, desproveyendo de todo manto de arbitrariedad las actuaciones que puedan repercutir en el goce y disfrute de libertades constitucionalmente amparadas, como claramente lo es la garantía de acceso a los cargos públicos. Además de permitir la materialización del principio de legalidad en el ejercicio de la función pública de los elegidos conforme con el bloque de constitucionalidad y legalidad.

Por otro lado, debe considerarse que tales reglas, en este caso, confluyen en la conformación de un cuerpo colegiado de vital trascendencia para los altos destinos que demanda uno de los pilares del Estado Constitucional, pues se trata, ni más ni menos, del órgano encargado de velar por el buen funcionamiento de la Rama Judicial.

No sobra recordar que una de las premisas que rige nuestro Estatuto Supremo, es el principio de “separación de poderes” y colaboración armónica de las ramas y órganos del poder público, que muy a pesar de no connotar como una clausula pétrea, se erige en un elemento que define la identidad de dicho texto, y que, valga decir, soporta la teoría constitucional en vastas latitudes a lo largo del orbe, bajo la máxima desarrollada por teóricos decimonónicos como Lassalle y Montesquieu,

reflejada, a su vez, por el artículo 16 de la emblemática Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”

En ese orden de ideas, se torna imperioso destacar que para poder concretar este ideario, no basta la conjugación semántica de los verbos que orientan la conformación del Consejo de Gobierno Judicial, y particularmente la elección de sus tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva, pues si no se garantiza la idoneidad, la publicidad, la transparencia, la participación ciudadana, la equidad de género y los criterios de mérito para su selección se enervaría el correcto funcionamiento de la Rama misma y de contera, se trastocaría el principio de colaboración armónica, habida cuenta que las falencias en la judicatura repercutirían en otros sectores públicos y privados que dependen de la tan determinante labor de la judicatura.

No puede perderse de vista que, por designio expreso del Constituyente derivado a tales servidores compete “... *la planeación estratégica de la Rama Judicial y (...) proponer al Consejo de Gobierno Judicial, para su aprobación, las políticas públicas de la Rama Judicial*”.

Por tal, tampoco resulta extraño que para ellos se haya exigido “... *diez años de experiencia en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública...*”.

Es claro, entonces, que en el sub examine, está de por medio la constitucionalidad y legalidad de la escogencia de servidores de quienes se espera un conocimiento altamente calificado, cuyo ejercicio se acompañará no solo de pulcritud en el manejo de los recursos para la implementación y correcto desenvolvimiento del poder judicial, sino de facultades de indubitable trascendencia e impacto.

Bajo esa égida, la estructura de la respectiva convocatoria pública no puede prescindir de ninguno de los elementos reglados que se orientan con los principios antes descritos, pues su carácter reglado impone la existencia de unos criterios objetivos e inmutables –al menos bajo su curso–, que permitan conocer, de antemano, no sólo los perfiles de los aspirantes, sino a todos los asociados los parámetros y las condiciones en que pueden resultar electos tales funcionarios, para de esa forma habilitar, en términos sustantivos, las herramientas cognoscitivas que permitan a cualquiera persona –inmersa o no en la convocatoria– hacer valer tales reglas democráticas frente a la calificación atribuida a los aspirantes, al período en el que ejercerán el cargo o cualquier otra que garantice la materialización de las reglas y principios citados.

Tampoco se puede desconocer que el constituyente derivado en el Acto Legislativo 02 de 2015 estableció concretamente

algunos aspectos para la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial como los términos para su escogencia, requisitos y periodos, los cuáles no pueden ser desconocidos por el Consejo de Gobierno al establecer las reglas o el procedimiento en la convocatoria, pues se recaba en el límite de su competencia residual en materia de reglamentación, sin que exista en estos elementos margen de apreciación del órgano que debía establecer la convocatoria correspondiente.

5.2. Los cargos planteados por el actor

(i) Señala el demandante al hacer extensiva en la Convocatoria del proceso de elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva a aspirantes con un perfil diferente al previsto en el Acto Legislativo 02 de 2015 se invadió la órbita competencial asignada al constituyente, pues los requisitos señalados en este último son taxativos y no meramente enunciativos y se debió seleccionar entre los aspirantes cuyos perfiles resultaran complementarios entre sí y no definir nuevos perfiles diferentes a los determinados.

Frente a la afirmación del demandante la Sala considera que en efecto el Acto Legislativo 02 de 2015 establece en cuanto a los miembros permanentes con dedicación exclusiva en su artículo 15 lo siguiente:

“deberán tener 10 años de experiencia en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública. En su elección **se deberá asegurar la diversidad de perfiles académicos y profesionales**”

En cuanto a la Convocatoria 01 de 2015, el Consejo de Gobierno Judicial señaló:

“para garantizar la diversidad profesional y académica de estos integrantes del Consejo de Gobierno judicial, se hace **extensiva** la convocatoria a **especialistas en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), profesionales con capacidades gerenciales (finanzas administración del talento humano)** y expertos en política públicas con conocimientos o experiencia en el sistema judicial”

De la norma transcrita se extrae que el requisito establecido por el constituyente derivado se refiere a la experiencia y le otorga la facultad a los demás miembros del Consejo de Gobierno Judicial para “asegurar la diversidad de **perfiles académicos y profesionales**”.

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁸:

El **perfil** se refiere al “conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o a algo”

Académico “perteneciente o relativo a centros oficiales de enseñanza, especialmente a los superiores”

Y **profesional** “perteneciente o relativo a la profesión”

El perfil es un término usado en el área del talento humano para definir las características personales y requisitos académicos que debe cumplir una persona para ocupar un cargo específico.

El perfil académico hace referencia a los estudios requeridos para ocupar un cargo y cumplir con las bases conceptuales, técnicas y prácticas para desarrollar a cabalidad las funciones asignadas.

Es decir, que el constituyente derivado estableció expresamente el requisito de experiencia de 10 años en (i) diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, (ii) modelos de gestión o administración pública pero no indicó expresamente el perfil académico o profesional sino que le otorgó dicha facultad de concreción al Consejo de Gobierno Judicial el establecer que este debía “asegurar diversidad de perfiles profesionales y académicos”

Atendiendo a la norma constitucional y la definición de perfil académico y perfil profesional, debe entenderse que el Consejo de Gobierno en la elección de los 3 primeros miembros permanentes de dedicación exclusiva tiene la posibilidad de establecer parámetros enmarcados en la experiencia señalada por el constituyente en diseño, evaluación o seguimiento de políticas públicas, modelos de gestión o administración pública, que garanticen perfiles diferentes, respetando siempre el criterio de experiencia definido en la norma constitucional.

Como ya se anotó, el perfil académico se refiere a los estudios y el perfil profesional a los estudios más la experiencia misma, entonces correspondía al Consejo de Gobierno Judicial señalar en la convocatoria parámetros para que la escogencia de los tres miembros recayera sobre profesiones o perfiles profesionales o académicos diversos, es decir que los 3 miembros escogidos tuvieran distintos perfiles profesionales o académicos.

Así al “*hace(r) extensiva la convocatoria a especialistas en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), profesionales con capacidades gerenciales (finanzas administración del talento humano)*”, la competencia asignada no se extralimita porque sencillamente la norma constitucional hizo referencia a “perfiles” mientras que la reglamentaria se ocupa de “profesiones”, que son dos aspectos perfectamente diferenciables y con posible concurrencia en una convocatoria (casi de obligatoria definición), razón por la que no existe posibilidad por ahora de comparar estos dos factores para colegir si se ciñó o no a lo preceptuado por la norma superior.

En este punto, es menester resaltar que hace parte de los deberes del juez interpretar la demanda y en el caso concreto el demandante ubica su reproche en una posible extralimitación

8 Diccionario de la lengua Española. 21 edición. Madrid 1992. 1513 pgs

del Consejo de Gobierno Judicial que viola lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2015. Al respecto evidencia la Sala que en la convocatoria no se estableció ningún criterio o parámetro en la para garantizar la “diversidad de perfiles” lo cual era una obligación señalada por el constituyente. En esta etapa procesal no obra prueba que demuestre que, en la selección de los tres miembros de dedicación exclusiva efectivamente no se garantizó dicha diversidad, por lo tanto el cargo no prospera para decretar la medida solicitada de suspensión de los efectos del acto administrativo de elección.

(ii) Indica el actor que en la convocatoria 01 de 2015 se vulneró el principio de **transparencia** en la formulación de las condiciones, relacionadas con la reglas de periodo y factores de calificación, puesto que en dicha convocatoria se estableció que **“los dos primeros miembros designados tendrán periodos individuales de 3 años y el último nombrado lo será para un periodo de 2 años”** mientras que el Acto Legislativo 02 de 2015, en el artículo 15 señala un periodo para estos miembros de 4 años y en el artículo 18 establece que para la primera conformación del Consejo de Gobierno Judicial **“uno de los tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva será elegido para un periodo de dos años, y otro será elegido para un periodo de tres años”**. Menciona el demandante que tampoco se conocieron las reglas de asignación de puntajes.

a. Sobre las reglas de periodo

Aduce el actor que la convocatoria 01 de 2015 vulneró el principio de transparencia, en cuanto contempló unas reglas de periodo para los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial distintos a los que consignó el Acto Legislativo 02 de 2015, además de variar las reglas del concurso en el decurso del proceso.

Para resolver debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 02 de 2015 en el artículo 15, señaló un periodo individual para estos miembros de 4 años. Sin embargo, en las reglas transitorias contempladas en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo indicó que para la primera conformación del Consejo de Gobierno Judicial **“uno de los tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva será elegido para un periodo de dos años, y otro será elegido para un periodo de tres años”**.

Por su parte, la convocatoria consagró que **“los dos primeros miembros designados tendrán periodos individuales de 3 años y el último nombrado lo será para un periodo de 2 años”**.

De lo anterior, se advierte que si bien el constituyente derivado reguló con claridad el periodo respecto de dos (2) de los miembros de dedicación exclusiva, guardó silencio frente al tercero de éstos, circunstancia que habilitó, por razones de eficacia de la norma jurídica, al Consejo de Gobierno Judicial para establecer el periodo de éste último, so pena de que las disposiciones aludidas cayeran en la inoperatividad.

No obstante, es claro que el momento para fijar el periodo mencionado, ante el vacío de la norma del legislador, **era la convocatoria, como en efecto ocurrió**, y con ello, el Consejo de Gobierno Judicial se obligó a respetar la regla allí prevista no solo en el decurso del proceso sino **al momento de la elección**.

Lo anterior, en tanto, la convocatoria es en esencia el acto por el cual la administración fija las pautas que determinarán la validez de la decisión final, en este caso, de la elección, pues es ésta la que consagra las bases sobre las cuales se desarrollará el concurso, de tal manera que es allí donde se expone a los interesados con claridad las reglas a que se sujetará su participación y **las de la propia administración**.

De allí la importancia de que los procedimientos que se dieran al interior del Consejo de Gobierno Judicial con fines electorales, cumplieran con rigor el **principio de legalidad** que impone respetar el derecho vigente para el momento en que se inicia el proceso de elección, que para el efecto, ocurre con la convocatoria, so pretexto de violar, entre otros, los principios constitucionales de la transparencia y la buena fe.

Al respecto, esta Corporación ha dicho que: **“la entidad estatal que convoca a concurso (abierto o cerrado), debe respetar las reglas que ella ha diseñado y a las cuales deben someterse, tanto los participantes en la convocatoria como ella misma. La Sala resalta que quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad de que se respetarán las reglas impuestas. Cuando estas no son tenidas en cuenta por la entidad que lo ha convocado o se cambian en el curso de su desarrollo se desconoce el principio constitucional de la buena fe”**. (Negritas fuera de texto)

Lo contrario, equivaldría no solo a violar el principio de legalidad que se manifiesta precisamente en **“la exigencia de *lex previa y scripta*”**, esto es, el respeto por las reglas electorales existentes como componente principal del derecho fundamental al debido proceso, sino también a desconocer el principio universalmente reconocido a la **seguridad jurídica**, el cual propugna por brindar al conglomerado social certeza sobre las actuaciones jurídicas y, **el derecho a la igualdad**, pues es precisamente el establecimiento y respeto de las reglas concursales las que **“buscan garantizar la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes”**¹⁰, que pugnen por una participación en la convocatoria excluyendo cualquier factor de discriminación que concreta la democracia inclusiva

Máxime cuando ha sido criterio reiterado de esta Corporación¹¹ señalar que **“todo sistema jurídico -si lo que pretende es ser**

9 Sentencia del 2 de septiembre de 2009. Radicado N° 25000-23-15-000-2009-00890-01.

10 Sentencia del 29 de octubre de 2009. Radicación N° 25000-23-15-000-2009-01165-01.

11 Sentencia del 6 de marzo de 2012. Radicación número: 11001-03-28-000-2011-00003-00(IJ). Actor: Actor: Ferleyn Espinosa Benavides. Demandado: Fiscal General de la Nación.

un instrumento generador de convivencia perdurable- debe irradiar en el máximo grado posible, certidumbre a sus destinatarios, con el objeto de que de manera previsible éstos actúen de conformidad a él (...)” pues “la sujeción del poder al ordenamiento jurídico [legalidad] incide de manera directa en la protección del derecho al **debido proceso** de todos los asociados, en virtud del cual las personas son blindadas contra los abusos y desviaciones de las autoridades en ejercicio de sus funciones, comprendiendo un amplio complejo de garantías como la defensa y el juez natural¹²”.

En este sentido, la seguridad jurídica adquiere trascendencia en la vida misma de la organización estatal y ello se logra cuando el poder se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios y, en consecuencia, los individuos receptores de las mismas tienen la capacidad de predecir la respuesta del ordenamiento y actuar en consecuencia¹³”.

Asimismo, la **confianza legítima** entendida “...como aquella obligación a cargo de las autoridades administrativas de no alterar las reglas de juego que regulan sus relaciones con los particulares sin que previamente se otorgue un periodo de transición para que el comportamiento de los destinatarios de la norma se ajuste a lo que ahora exige el ordenamiento jurídico”, se impone en estos casos, para “proteger al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades¹⁴”.

Luego de lo anterior, es claro para la Sala que si bien no constituye yerro alguno, como ya se explicó, que el Consejo de Gobierno Judicial, con el fin de lograr que la norma jurídica fuera eficaz en el ordenamiento jurídico, hubiera llenado el vacío del Acto Legislativo respecto al periodo del tercero de los miembros, **sí defraudó los principios y derechos constitucionales** arriba mencionados, cuando **al momento de la elección**, mediante el Acuerdo N° 009 de 2015 “*Por medio del cual se declaró la elección de Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Estela López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda*”, expresó que el periodo de uno de los miembros iba a ser de 4 años. Porque con ello modificó las reglas y condiciones de participación vinculantes y de obligatorio cumplimiento, **inicialmente señaladas en la Convocatoria** –regla del concurso-, para proponer otras en la etapa de elección, como si se pudiera dejar al arbitrio de los electores la variación de las bases del concurso en cualquier etapa, no garantizando el principio de igualdad formal y material prescrito en el artículo 13 de la Constitución. En consecuencia, comoquiera que lo sucedido constituye también una flagrante violación al artículo 29 Constitucional, el cargo mencionado está llamado a prosperar, para efectos cautelares.

b. Sobre las reglas de calificación y asignación de puntajes

Señala la parte actora que el Consejo de Gobierno Judicial violó el principio de transparencia cuando omitió exponer en

la convocatoria que realizó, los factores de calificación, esto es, las reglas de asignación de puntajes.

Encuentra la Sala que le asiste razón a la parte actora, en la medida en que no se observa ninguna disposición en la convocatoria pública que indique cómo se realizará dicha calificación, pues aunque se expedieron los Acuerdos No. 006 y 008 de 3 y 6 de noviembre de 2015, respectivamente, en los que se preseleccionaron 24 aspirantes para ocupar los tres cargos, no aparece el fundamento o razón de dicha preselección, ni obra en los actos administrativos publicados siquiera indicio de cómo se llevaría a cabo dicha preselección ni cómo serían otorgadas las calificaciones o puntajes para ser elegidos miembros permanentes de dedicación exclusiva.

Lo anterior equivale a que la selección que debía hacerse asegurara la objetividad en la escogencia. Al no prever la convocatoria los criterios en los que se fundaría la preselección el Consejo de Gobierno amplió el espectro de apreciación y con ello derivó cierta libertad para elegir entre uno y otro xxx de acción para escoger entre varias posibilidades haciéndolo libremente de una u otra manera.

Debe recordar la Sala en este punto, que tal y como se señaló en el cargo anterior, resulta de vital importancia que los procedimientos que adelante la administración y que deban culminar con una elección, cumplan con rigor el principio de selección objetiva, circunstancia que solo tendrá operatividad si en la convocatoria: (i) se definen las bases del concurso de méritos, tales como, **los requisitos y factores a evaluar para acceder al cargo** y, (ii) **los factores a que se someterá la propia administración para desarrollar el concurso**, con el fin de que los interesados y aspirantes tengan certeza sobre los mecanismos de evaluación y sus reales posibilidades de salir vencedores en la contienda, pues son las reglas allí previstas las que **legitiman tanto la participación** en la decisión como la **validez** de su resultado.

De ahí, la necesidad de establecer con anterioridad al proceso concursal herramientas procedimentales que permitan tener como válida la decisión finalmente adoptada. Luego, para no dejar al arbitrio de los electores la decisión final resulta de vital importancia que para el inicio y desarrollo de los procesos objeto de una convocatoria pública se establezcan desde el principio las reglas claras sobre el concurso o la convocatoria.

Aquí, hace suyas esta Sección las consideraciones que sobre el particular ha reseñado la Corte Constitucional¹⁵, en el sentido de indicar, citando a Andrea Greppi que:

“Así, es posible constatar que la mayoría de los autores contemporáneos son partidarios de una noción mínima de democracia, según la cual está consiste, simplemente, en un conjunto de reglas de procedimiento para la adopción de decisiones colectivas que no dice nada sobre el contenido o

12 Ibídem.

13 Ibídem.

14 Ibídem.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010.

resultado de las mismas. **Desde esta perspectiva las reglas son inherentes a la democracia:** (...) reglas sobre las elecciones y la actuación de los parlamentos, reglas sobre las condiciones de ejercicio de la libertad política y, sobre todo, reglas sobre la protección de ciertos intereses básicos de todos los seres humanos.

En otras palabras, el carácter reglado es una característica distintiva del modelo democrático, y se manifiesta desde la elección de los representantes, hasta el producto final de la actuación de éstos. **Las reglas procedimentales constituyen por lo tanto un instrumento para la consecución de los valores sustanciales perseguidos mediante la actuación democrática, pero a su vez, por su importancia, adquieren un valor sustantivo, de manera tal que “los procedimientos constituyen una buena parte de la sustancia de la democracia moderna¹⁶”.** (Negrillas fuera de texto).

“la participación democrática supone la implementación previa de un proceso (el de toma de decisiones) con un fin (un resultado imparcial), también previamente determinado (...)”¹⁷ (Negrillas fuera de texto).

El artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015 estableció las reglas para la elección del primer Consejo de Gobierno Judicial, y no se requiere para la conformación de éste la expedición de la ley estatutaria que lo reglamente, por así haberlo dispuesto esta reforma constitucional en sus normas transitorias, pero no se pueden obviar los principios constitucionales de transparencia, publicidad, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección, establecidos en el artículo 126 de la Constitución Política –modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015-.

Aunque en la convocatoria se mencionan, dichos principios constitucionales no se materializaron, puesto que observa esta Sala de decisión no se establecieron reglas claras que implicaran objetividad en la convocatoria sobre el proceso de preselección y selección, ni pautas específicas para asignación de puntajes, que permitieran previamente a la ciudadanía y a los propios aspirantes conocer los parámetros de pre selección o los factores que incidirían al momento de calificar y elegir a los miembros de dedicación exclusiva.

En los Acuerdos No. 006 y 008 de 3 y 6 de noviembre de 2015, respectivamente, se preseleccionaron 24 aspirantes para ocupar los tres cargos, pero no existe fundamento o razón de dicha preselección ni obra en los actos administrativos publicados

16 En este sentido Andrea Greppi, *Concepciones de la democracia en el ordenamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Ed. Trotta, 2006. Andrea Greppi, Ob. Cit. p. 31.

17 Sentencia C- 551 de 2003.

siquiera indicio de cómo se llevaría a cabo, ni cómo serían calificados o descalificados los aspirantes ni asignados puntajes para ser elegidos miembros permanentes de dedicación exclusiva, convirtiendo un acto reglado en uno meramente discrecional que trastoca los principios axiológicos inherentes a la convocatoria misma.

Si bien es cierto, se estableció un periodo para reclamaciones, la posibilidad de presentar inconformidades fue restringida por la carencia de reglas claras que permitieran a la ciudadanía y a los aspirantes conocer los mecanismos objetivos de preselección y selección. Por lo tanto disentir de los criterios otorgados sin conocer las razones de su discernimiento hacía nugatoria la posibilidad de reclamar. Por ende, se imposibilitó la presentación de reclamaciones o solicitudes de revisión o veeduría, pues sin darse a conocer las razones de su discernimiento con anterioridad la forma de evaluación y calificación de los aspirantes, se negó la oportunidad de exponer cualquier insatisfacción con algún fundamento. Por ello considera esta Sala Electoral que se vulneraron los principios constitucionales de transparencia y publicidad aplicables, tal como lo señala el demandante.

A partir de lo anterior, considera esta Sección que con la omisión desplegada por el Consejo de Gobierno Judicial se vulneraron los principios constitucionales de transparencia y publicidad aplicables, tal como lo señala el demandante, en consecuencia, el cargo, para efectos cautelares, está llamado a prosperar.

(iii) Menciona el actor como tercer cargo la pretermisión de los plazos previstos en el Acto Legislativo 02 de 2015, para la integración del Gobierno Judicial, puesto que en éste se indica que la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva debe darse dentro de un plazo de dos meses contados desde la elección de los miembros Representantes de los empleados y jueces y magistrados de la Rama Judicial - que también tenían un plazo de dos meses para su elección desde la vigencia de la Reforma constitucional- esto quiere decir que el plazo para elegir a los miembros de dedicación exclusiva era el 1º de noviembre de 2015¹⁸, 2 meses contados desde el 1º de septiembre de 2015, fecha de elección de los Representantes de los Jueces y Magistrados, que debió ser dos meses después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015 que se dio el 1º de julio de 2015.

Advierte esta Sala de decisión que en el cronograma de la convocatoria se establece como fecha de elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Gobierno Judicial el 5 de noviembre de 2015 y el Acuerdo mediante el cual se declara dicha elección es del 9 de noviembre de 2015.

Aunque, es evidente que la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Gobierno Judicial excedió el plazo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2015,

18 Que aunque fue domingo, día no hábil, el día hábil siguiente fue el martes 3 de noviembre de 2015.

no podemos suspender el acto por esta causa, toda vez que el incumplimiento del plazo por parte del Consejo Gobierno Judicial no constituye pérdida de la competencia para decidir y es posible que existan razones y pruebas que justifiquen el retardo que puede subsumirse en las posibilidades que se han establecido por esta Sección. En consecuencias no habrá lugar a suspender al acto por esta causa.

No obstante ello, frente a los plazos establecidos en las convocatorias que dan inicio a los procesos de selección, la jurisprudencia de esta Sección¹⁹, ha señalado que los mismos solo son modificables cuando (i) el cronograma así lo autorice, (ii) el reglamento de la entidad así lo autoriza y (iii) en caso de fuerza mayor o caso fortuito.

(iv) Manifiesta el actor como cuarto y quinto cargo que la convocatoria y elección de los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial, así como su funcionamiento es violatoria de la Constitución en tanto requería de la existencia de ley previa.

Si bien es cierto, tal como lo plantea el demandante, el Acto Legislativo 02 de 2015 señala que será en la ley estatutaria en donde se establezcan los requisitos y procedimientos de las convocatorias para la elección de servidores públicos (art. 126. C.P. modificado por el art. 2o del Acto Legislativo 02 de 2015), no se puede obviar que en el mismo Acto Legislativo se señala el procedimiento de elección y conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial, que como ya se indicó en acápite anterior de esta providencia, en algunos eventos señala reglas diferentes a las generales. Por lo que, hasta ahora, no considera la Sala que exista violación de las normas alegadas.

(v) Como sexto y último cargo refiere el actor la falta de competencia del Presidente de la Corte Suprema de Justicia para representar el Consejo de Gobierno Judicial, porque a la fecha no se cuenta con norma de carácter estatutario que regule el funcionamiento de los nuevos órganos de Gobierno y Administración Judicial, por lo tanto ninguna disposición establece que tiene competencia para actuar en nombre y representación de dicho órgano.

Sobre la posible falta de competencia por inexistencia de ley estatutaria, la Sala reitera la argumentación anterior, en cuanto a que aunque el Acto Legislativo 02 de 2015 establece que el Gobierno Nacional deberá presentar antes del 1º de octubre de 2015 el proyecto de ley estatutaria que regule el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial también establece de manera transitoria reglas claras y específicas para la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial. Por lo tanto en este momento de las diligencias se considera que no es evidente la vulneración alegada.

Del anterior análisis, no existe hesitación alguna en esta etapa procesal sobre las irregularidades en el proceso de convocatoria relacionadas con que (i) no se establecieron ni se informaron los criterios de calificación, asignación de puntajes ni mecanismos de preselección (ii) se asignó en la convocatoria que dio inicio al proceso un periodo de 3 años a uno de los miembros y luego se modificó a 4 en el acto de elección, por lo que por todas estas irregularidades presentadas en el procedimiento que conllevó a la declaratoria de la elección de **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda** contenido en el Acuerdo 009 de 9 de noviembre de 2015, redundan en la elección, pues no se trata de situaciones intrascendentes, sino de circunstancias que afectaron principios constitucionales como el de transparencia, igualdad, debido proceso y publicidad, pues se omitió establecer mecanismos y se incumplieron los términos ordenados por el Constituyente derivado, por lo que es evidente que dicha elección resultó afectada.

Atendiendo los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares como el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, tal como ha sido señalado por esta Corporación “*El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho*”²⁰ y precisamente como viene de verse se ha establecido en el caso concreto y en este estado del proceso que “*el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor, del que se expone en la demanda, que de no precaverse transforme en tardío el fallo definitivo*”²¹

En razón a que, si bien es cierto que la acción de nulidad electoral, por mandato constitucional, debe decidirse en un término máximo de 6 meses si se trata de única instancia, como en este caso, el constituyente derivado en el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 -Reforma Equilibrio de Poderes- indicó un procedimiento eleccionario concreto y específico para la conformación del nuevo órgano encargado de gobernar y administrar la Rama Judicial, miembros estamentarios y permanentes, así como del gerente, por esta razón, estima la Sala que es indispensable que se garanticen los principios constitucionales de transparencia y publicidad en el proceso eleccionario y que se de aplicación a lo establecido en la Reforma constitucional del 1º de julio de 2015 para la conformación del Consejo de Gobierno Judicial, por consiguiente, es evidente que en el asunto objeto de debate concurren los dos principios antes referidos, puesto que las irregularidades en la elección de funcionarios son de tal magnitud que afectan el resultado final.

19 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. Acumulados 2014-0128-00.M.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Jorge Eliécer Laverde Vargas. Sentencia de 3 de agosto de 2015.

20 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001031500020140379900. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego. Auto de 17 de Marzo de 2015.
21 Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 2009.

Por lo tanto, mientras se surte el trámite del proceso, es menester decretar la medida de suspensión provisional del acto de elección de **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda**, pues tal como se ha indicado está demostrado que existen razones para desatender la presunción de legalidad del acto demandado, en virtud de proteger el principio de apariencia de buen derecho.

En lo que tiene que ver con la solicitud presentada por el actor sobre la suspensión del proceso de elección del Gerente de la Rama judicial, se negará por cuanto ella es consecuencia obvia de la prosperidad de las pretensiones cautelares aquí planteadas.

Así las cosas, en virtud de que las irregularidades acaecidas en el proceso de elección, violaron principios y normas constitucionales, considera esta Sala de decisión que el acto de declaratoria de elección de **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda**, se dio con vulneración de las normas en las que debería fundarse por lo que se debe decretar la **suspensión provisional del Acuerdo No. 009 de 9 de noviembre de 2015 "Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial"**.

Por lo anterior, para esta Sala Electoral, luego de efectuado el análisis correspondiente es evidente en esta etapa que el acto demandado - realizada la revisión del acto preparatorio que dio origen a su conformación como lo es la convocatoria- viola las normas superiores invocadas en la solicitud de medida cautelar, en esta etapa procesal, por lo que resulta conducente decretar la medida de suspensión provisional del Acuerdo No. 009 de 9 de noviembre de 2015, expedido por el Consejo de Gobierno Judicial "Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial" sin que esto implique prejuzgamiento, tal como lo prevé el artículo 229 del CPACA.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 231, 276 y 277 del C.P.A.C.A. la Sala,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Fredy Antonio Machado López únicamente contra el Acuerdo No. 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial "Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial" en cuanto declaró la elección de **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda**, como miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno y administración de la Rama Judicial, por lo que se dispone:

1. NOTIFIQUESE a los señores **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda** de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

2. NOTIFIQUESE personalmente a todos los miembros del Consejo de Gobierno Judicial y de la Comisión Interinstitucional de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

3. NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

4. NOTIFIQUESE por estado a la parte actora.

5. INFORMESE a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

6.- NOTIFIQUESE a la Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

SEGUNDO: DECRETAR la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial "Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial" solicitada por el demandante.

TERCERO: NEGAR la medida cautelar de urgencia de la suspensión del proceso de elección de Gerente de la Rama Judicial que adelanta actualmente el Consejo de Gobierno Judicial, solicitada por el actor, bajo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Notificar por el medio más expedito el decreto de la medida cautelar a los demandados **Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Tobón Marulanda**.

QUINTO: Notificar del decreto de la medida cautelar a todos los miembros del Consejo de Gobierno Judicial y de la Comisión Interinstitucional.

SEXTO: Informar al Presidente de la República el contenido de esta decisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Presidenta

con Aclaración de Voto

Rocio Araujo Oñate

Carlos Enrique Moreno Rubio

Alberto Yepes Barreiro

Aclaración de Voto de la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial

Menciona el actor que se pretermitieron los plazos previstos en el Acto Legislativo 02 de 2015, para la integración del Gobierno Judicial, puesto que en éste se indica que la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva debe darse dentro de un plazo de dos meses contados desde la elección de los miembros Representantes de los Empleados y Jueces y Magistrados de la Rama Judicial – que también tenían un plazo de dos meses para su elección desde la vigencia de la Reforma constitucional- Frente a este cargo consideró la Sala que “no podemos suspender el acto por esta causa, toda vez que el incumplimiento del plazo por parte del Consejo Gobierno Judicial no constituye pérdida de la competencia para decidir y es posible que existan razones y pruebas que justifiquen el retardo que puede subsumirse en las posibilidades que se han establecido por esta Sección. En consecuencias no habrá lugar a suspender al acto por esta causa”, de lo cual me aparto por las siguientes razones: Tal como fue señalado en la providencia frente a la cual aclaro mi voto el Consejo de Gobierno judicial tenía la facultad de reglamentar la convocatoria, pero siempre dentro del marco normativo establecido por el constituyente derivado en el Acto Legislativo 02 de 2015, su competencia es residual y subsidiaria frente a temáticas que no fueron establecidas por este. El Acto Legislativo 02 de 2015 señaló taxativamente las fechas de elección, dos meses después de la elección de los miembros representantes de los Empleados, Jueces y Magistrados (1º de septiembre) que debió darse también 2 meses después de la entrada en vigencia de la Reforma, esto es el 1 de julio de 2015. Aun cuando la formalización de la misma se puede dar después, tal como ocurre en las elecciones populares en las que la Constitución Política prevé en casos como el del Presidente de la República que la segunda vuelta si la hubiere, se debe dar tres semanas después a la realización de la primera vuelta y en el Código Electoral que se establece el último domingo de octubre para llevar a cabo las elecciones locales. En el cronograma de la convocatoria del proceso de elección establecido por el Consejo de Gobierno Judicial se establece como fecha de elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva de este órgano el 5 de noviembre de 2015, y el Acuerdo mediante el cual se declara dicha elección es del 9 de noviembre de 2015. Es evidente que la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Gobierno Judicial excedió el plazo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2015, que señaló términos escalonados de dos meses, desde su entrada en vigencia para la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial y por lo tanto la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva debió darse el día 3 de noviembre de 2015, día hábil siguiente al 1º de noviembre de 2015 (que fue domingo, día no hábil). En este caso no es aplicable la jurisprudencia de esta

Sección” que ha señalado que los plazos solo son modificables cuando (i) el cronograma así lo autorice, (ii) el reglamento de la entidad así lo autoriza y (iii) en caso de fuerza mayor o caso fortuito, pero en este caso, porque los plazos fueron establecidos por el constituyente derivado en el Acto legislativo y la posibilidad de modificación por el órgano elector no existe, pues su competencia es derivada y residual. En el caso concreto, en la convocatoria se excede el plazo establecido por la norma superior, situación trascendental, puesto que se no se cumplió un término expresamente señalado en la norma constitucional, lo cual se constituye en una grave vulneración al debido proceso.

ACLARACION DE VOTO

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

Aunque obviamente comparto la decisión relacionada con decretar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo de elección de los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con la decisión mayoritaria frente a la improsperidad de la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo de elección demandado por el tercer cargo alegado relacionado con la pretermisión de los plazos previstos en el Acto legislativo 02 de 2015, así:

Menciona el actor que se pretermitieron los plazos previstos en el Acto Legislativo 02 de 2015, para la integración del Gobierno Judicial, puesto que en éste se indica que la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva debe darse dentro de un plazo de dos meses contados desde la elección de los miembros Representantes de los Empleados y Jueces y Magistrados de la Rama Judicial – que también tenían un plazo de dos meses para su elección desde la vigencia de la Reforma constitucional-

Lo anterior quiere decir que el plazo para elegir a los miembros de dedicación exclusiva era el 1º de noviembre de 2015²², 4 meses contados desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015 que se dio el 1º de julio de 2015.

Frente a este cargo consideró la Sala que “no podemos suspender el acto por esta causa, toda vez que el incumplimiento del plazo por parte del Consejo Gobierno Judicial no constituye pérdida de la competencia para decidir y es posible que existan razones y pruebas que justifiquen el retardo que puede subsumirse en las posibilidades que se han establecido por esta Sección. En consecuencias no habrá lugar a suspender al acto por esta causa”, de lo cual me aparto por las siguientes razones:

1. Tal como fue señalado en la providencia frente a la cual aclaro mi voto el Consejo de Gobierno judicial tenía la facultad de

²² Que aunque fue domingo, día no hábil, el día hábil siguiente fue el martes 3 de noviembre de 2015.

- reglamentar la convocatoria, pero siempre dentro del marco normativo establecido por el constituyente derivado en el Acto Legislativo 02 de 2015, su competencia es residual y subsidiaria frente a temáticas que no fueron establecidas por este.
2. El Acto Legislativo 02 de 2015 señaló taxativamente las fechas de elección, dos meses después de la elección de los miembros representantes de los Empleados, Jueces y Magistrados (1º de septiembre) que debió darse también 2 meses después de la entrada en vigencia de la Reforma, esto es el 1 de julio de 2015. Aun cuando la formalización de la misma se puede dar después, tal como ocurre en las elecciones populares en las que la Constitución Política prevé en casos como el del Presidente de la República que la segunda vuelta si la hubiere, se debe dar tres semanas después a la realización de la primera vuelta y en el Código Electoral que se establece el último domingo de octubre para llevar a cabo las elecciones locales²³.
 3. En el cronograma de la convocatoria del proceso de elección establecido por el Consejo de Gobierno Judicial se establece como fecha de elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva de este órgano el 5²⁴ de noviembre de 2015, y el Acuerdo mediante el cual se declara dicha elección es del 9 de noviembre de 2015.
 4. Es evidente que la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Gobierno Judicial excedió el plazo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2015, que señaló términos escalonados de dos meses, desde su entrada en vigencia para la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial y por lo tanto la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva debió darse el día 3 de noviembre de 2015, día hábil siguiente al 1º de noviembre de 2015 (que fue domingo, día no hábil).
 5. En este caso no es aplicable la jurisprudencia de esta Sección²⁵ que ha señalado que los plazos solo son modificables cuando (i) el cronograma así lo autorice, (ii) el reglamento de la entidad así lo autoriza y (iii) en caso de fuerza mayor o caso fortuito, pero en este caso, porque **los plazos fueron establecidos por el constituyente derivado** en el Acto legislativo y la posibilidad de modificación por el órgano elector no existe, pues su competencia es derivada y residual.
 6. En el caso concreto, en la convocatoria se excede el plazo establecido por la norma superior, situación trascendental, puesto que se no se cumplió un término expresamente señalado en la norma constitucional, lo cual se constituye en una grave vulneración al debido proceso.

En los anteriores términos aclaro mi voto.

Lucy Jeannette Bermudez Bermudez
Consejera de Estado

²³ Art. 207 del Código Electoral.

²⁴ Aunque el 1 de noviembre era día no hábil, el día hábil siguiente era el 3 de noviembre de 2015.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta. Rad. Acumulados 2014-0128-00.M.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Jorge Eliécer Laverde Vargas. Sentencia de 3 de agosto de 2015.

NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

UNIVERSIDAD DE LA AMAZONÍA - Elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior/REPRESENTANTE DE LOS ESTUDIANTES ANTE EL CONSEJO SUPERIOR - Nulidad de la elección por desconocimiento del procedimiento de selección

El problema jurídico a resolver radica en determinar si el acto de elección del señor Carlos Mauricio Arenas Cuéllar como Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía es nulo por violación a las normas constitucionales, legales y reglamentarias en las que debería fundarse al no encontrarse presuntamente resuelta de manera legal y reglamentaria la situación del anterior representante estudiantil, lo que impedía convocar a elección para elegir su reemplazo, toda vez que no se había emitido decisión alguna que hiciera efectiva la sanción impuesta de suspensión del representante anterior.

En primer término, para resolver el asunto es menester indicar que la demanda de nulidad electoral, en este caso, no pretende reivindicar los derechos del estudiante sancionado disciplinariamente, como lo manifiesta el apoderado del demandado, pues, tal como fue presentado por el demandante y fijado el litigio por la Consejera Ponente en la audiencia inicial, la acción tiene como finalidad verificar la legalidad del acto de elección del Representante Estudiantil Carlos Mauricio Arenas Cuéllar, derivada de un procedimiento disciplinario seguido en contra de quien ostentaba tal representación y que dice se concreta en la indebida notificación y ejecución de la sanción disciplinaria impuesta por la Universidad de la Amazonía al Representante anterior, Henry Alexander Cortés Cubillos.

Que esta irregularidad repercutió en la convocatoria a elección de Representante y la posterior designación del señor Arenas Cuéllar.

En estos términos, puesto que se trata de una acción electoral, de conformidad con el artículo 139 del CPACA puede ser impetrada por cualquier persona, por ende no son de recibo los argumentos del demandado –aunque planteados como excepciones previas–,

y que en la audiencia inicial, la Consejera Ponente consideró se debían resolver al momento de dictar sentencia.

En segundo término, de conformidad con el principio de autonomía universitaria, el Acuerdo 9 de 2007 “*Estatuto Estudiantil*” de la Universidad de la Amazonía regula en el capítulo I, del Título 5, el Régimen Disciplinario aplicable a los estudiantes, en el cual, además de las conductas disciplinables, las faltas disciplinarias y el procedimiento a seguir, se señala claramente que la notificación de la sanción como resultado de un proceso de este tipo, debe ser realizada de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo –que debe entenderse ahora del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, vigente para la época de los hechos.

Así las cosas, por disposición expresa de la norma especial aplicable, la notificación de la sanción, tal como lo indicó en su concepto el Ministerio Público, se debe efectuar de conformidad con lo establecido en los artículos 67, 68 y 69 del CPACA no encuentra esta Sala de decisión que se hayan vulnerado las normas de notificación aplicable, como lo manifiesta el demandante, que como ya se dijo, se trata de las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (no es aplicable lo establecido en la Ley 734 de 2002) y por lo mismo no existió, en este caso, violación a los derechos fundamentales del estudiante investigado invocados en el libelo que generen irregularidad en el procedimiento eleccionario subsiguiente.

Tampoco es de recibo aseverar que la notificación personal no se intentó, pues de acuerdo con las pruebas recaudadas, obran en el plenario copias autenticadas de las comunicaciones dirigidas al estudiante y su apoderado, las cuales no fueron objeto de reproche alguno en el trámite de este proceso por el demandante, por ende gozan de presunción de legalidad. Asimismo, no existe objeción de la parte actora respecto de la dirección a la cual se ordenó su envío. Así las cosas, esta Sala considera que de conformidad con las razones expuestas son suficientes para denegar las pretensiones.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00027-00

Actor: Óscar Conde Ortiz

Demandado: Universidad de la Amazonía

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia dentro del proceso iniciado por el señor **ÓSCAR CONDE ORTIZ** contra la elección de **CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR**, Representante de los Estudiantes al Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor **ÓSCAR CONDE ORTIZ**, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el 28 de marzo de 2014, con la finalidad de obtener la anulación del “Acta Final de Escrutinio de la jornada de elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía- Convocatoria No. 006-2013” por medio de la cual se designó a **CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR**, Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

1.2. Soporte fáctico

Expuso que contra el señor Henry Alexander Cortés Cubillos, Representante Estudiantil -del 2 de septiembre de 2011 hasta el 26 de noviembre de 2013- se adelantó proceso disciplinario que culminó con la sanción de “...suspensión de tres periodos académicos, en su condición de Estudiante y Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía”, en el que se desconoció el procedimiento establecido por el Acuerdo 09 de 2007 “Estatuto Estudiantil”.

Que esta irregularidad que se presentó, asegura el actor, motivó a que el señor **HENRY CORTÉS** ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la anulación de los fallos disciplinarios por los cuales resultó sancionado.

Informó que el 27 de noviembre de 2013 la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de la Amazonía expidió constancia secretarial según la cual:

“...quedó surtida la notificación personal de la decisión de segunda instancia proferida dentro del proceso disciplinario No. INV-001-2013, (...) en consecuencia, luego de haberse resuelto y notificado en debida forma los recursos interpuestos por los sujetos procesales contra el fallo de primera instancia, se entiende ejecutoriada dicha providencia disciplinaria, el día veintiséis (26) de noviembre de 2013 a las 6 p. m”.

Afirmó que la anterior certificación se expidió sin que se hubiera realizado en debida forma la notificación personal al sancionado, pues de conformidad con el art. 86 del Estatuto Estudiantil “...las sanciones serán notificadas en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo”, ahora CPACA, y en el caso se expidió “...sin que se hubiera citado al investigado Alexander Cortés o a su apoderado para realizar la notificación personal, y aun, sin que se hubiera efectuado de ninguna forma la notificación personal, por lo cual se tiene entonces conforme a lo previsto por el artículo 72 ibídem, que dicha notificación se tiene por no hecha y por tanto la decisión no produce efectos legales”.

A pesar de la anterior “irregularidad” el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía, el 27 de noviembre de 2013 solicitó al rector convocar a los estudiantes para elegir a su representante ante ese órgano, elección que se realizaría el 3 de diciembre de 2013.

En virtud de lo anterior, mediante la Resolución No. 2698 de 27 de noviembre de 2013 el rector de la Universidad de la Amazonía convocó a los estudiantes para iniciar los trámites previstos para la respectiva elección. Sin embargo, el proceso fue suspendido el 3 de noviembre de 2013, por orden judicial dictada en una acción de tutela y reanudado el 11 de febrero de 2014.

El 13 de febrero de 2014 mediante “Acta Final de Escrutinio de la jornada de elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía - Convocatoria No. 006-2013” se designó a **CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR** Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

Finalmente, adujo que la elección del demandado “...es ilegal e inconstitucional”, pues considera que la situación del anterior representante de los estudiantes ante el consejo Superior Universitario Henry Alexander Cortés no está resuelta y es “...improcedente que dicho cargo sea ejercido por otro estudiante”.

2. Trámite del proceso

Mediante auto de 7 de mayo de 2014 este Despacho inadmitió la demanda por carecer de los requisitos señalados en la ley y le otorgó al demandante el término de tres días para que allegara las constancias de publicación, comunicación o ejecución según el caso del acto acusado, de conformidad con el numeral

1 del artículo 166 del CPACA. Asimismo, le advirtió al actor que en el evento que el acta de escrutinio se hubiese formalizado en un acto posterior, de conformidad con el artículo 139 del CPACA, debería demandarlo.

El actor presentó escrito de corrección dentro del término legal y manifestó que el acto demandado se hizo público el mismo día de su expedición, esto es el 13 de febrero de 2014, a través de la página institucional de la Universidad de la Amazonía, adicionalmente solicitó que previo a la decisión de admisión se oficiara a la Universidad de la Amazonía para que allegara los documentos existentes y que tuvieran relación con la comunicación, publicación o ejecución del acto demandado, así como el expediente administrativo que se formó para la expedición del *“Acta Final de Escrutinio de la Jornada de elección de Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía- Convocatoria No. 006-2013”*, lo anterior para comprobar la inexistencia de un acto posterior al demandado.

Mediante auto de 23 de mayo de 2014, la Consejera Ponente previo a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Conde Ortiz, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 166 del CPACA, solicitó a la Universidad de la Amazonía que remitiera copia auténtica con las respectivas constancias de notificación y/o publicación del acto de elección del Representante de los Estudiantes al Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía -Convocatoria No. 006 de 2013-.

Mediante comunicación de 4 de junio de 2014, la Jefe de la Oficina Asesora jurídica de la Universidad de la Amazonía remitió a la Secretaría de esta Sección:

- Copia auténtica del Acta final de escrutinio de la jornada de elección del Representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía - Convocatoria No. 006 de 2013, con la respectiva constancia de publicación en la página web de la entidad del mismo día.
- Constancia de 4 de junio de 2014, de la difusión por la emisora cultural de la Universidad de la Amazonía del Acta final en mención.
- Copia auténtica del Oficio SG-137 de 13 de febrero de 2014, mediante el cual se notifica a **CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR** de la designación como Representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la Amazonía.
- Copia auténtica del Acta de Posesión No. 010 de 14 de febrero de 2014 del señor **CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR** como Representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la Amazonía.

2.1 Sobre la admisión de la demanda

Mediante auto del 18 de junio de 2014 la Consejera Ponente admitió la demanda y ordenó que se efectuaran las

notificaciones correspondientes de acuerdo con la normativa aplicable, las cuales fueron realizadas.

2.2. Contestaciones

2.2.1. Del Ministerio de Educación Nacional

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de esa Cartera expuso que ese Ministerio se tiene por notificado de la presente demanda de la cual se considera no es parte pues no le asiste legitimación en la causa por pasiva *“...por no ser sujeto a vincular en la presente actuación”* al no ser el representante legal del Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía *“...ni haber referido por el demandante como actor causante de la presunta violación normativa causada por los actos atacados; por lo cual este Ministerio NO se constituye como parte dentro del mismo”* (fls. 165 al 167).

2.2.2. Del demandado

Dentro del término legal, el apoderado judicial de **CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR** contestó la demanda en los siguientes términos:

Frente al concepto de violación argumentó:

(i) la improcedencia del medio de control de nulidad, porque según las voces del artículo 137 del CPACA, este es de carácter general y no se puede reivindicar por este medio la sanción impuesta al estudiante Cortés; (ii) la falta de legitimidad por activa, porque el señor Óscar Conde no se encuentra legitimado para ejercer por este medio de control el restablecimiento de los derechos del señor Henry **ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS**; (iii) inepta demanda, porque se pretende sustentar el medio de control electoral, con hechos ajenos al proceso electoral y; (iv) ausencia de nulidad electoral, porque en el escrito de demanda en ningún momento precisa en qué etapa o registro electoral se presentaron las irregularidades o vicios que incidieron en el acto de elección, además, los hechos en que se sustenta son ajenos al proceso electoral y nada tienen que ver con la elección de Carlos Mauricio Arenas Cuéllar.

Por último, plantea la inexistencia de prejudicialidad, en razón a que la parte actora pretende que se decrete la nulidad electoral ya que no se ha resuelto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho a favor de Alexander Cortés Cubillos, en donde se demandan los actos administrativos complejos que concluyeron con la suspensión de 3 periodos académicos, lo cual de ninguna manera impedía que se hiciera la convocatoria para la elección del representante de los estudiantes (fls. 216 al 221).

2.3. Reforma a la demanda y su correspondiente admisión

Mediante auto de 6 de octubre de 2014, la Consejera Ponente resolvió admitir la reforma a la demanda presentada dentro del

término legal por el señor CONDE ORTIZ, en la que solicitó se tuvieran como pruebas algunos documentos y la práctica de otras, y ordenó las notificaciones correspondientes, que fueron realizadas.

3. Audiencia inicial

El 20 de marzo de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial del artículo 283 del CPACA, en la que se saneó el trámite del proceso, se fijó el objeto del litigio y se negaron las excepciones previas propuestas por el apoderado del demandado por considerar que no se referían a requisitos formales de la demanda o a la indebida acumulación de pretensiones, sino que se dirigían a desvirtuar las pretensiones del actor, las cuales debían ser resueltas al momento de proferir la sentencia, y no en esta etapa inicial.

Asimismo en esta audiencia se aclaró que la vinculación del Ministerio de Educación Nacional y su consecuente ubicación procesal en el juicio electoral es especial, y su notificación se realiza porque el Ministro o su delegado presiden el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía, y ello les crea un posible interés en las resultas del proceso, aunque no es parte y por ende su ausencia no imposibilita el trámite ni genera irregularidades.

3.1 Fijación del litigio

El concepto de violación expuesto por el demandante tiene que ver con que se desconoció lo dispuesto en los artículos 13, 29, 40 y 209 de la Constitución Política, el 137 del CPACA, la Ley 734 de 2002, el Acuerdo 09 de 2007 “Estatuto Estudiantil” de la Universidad de la Amazonía, artículos 24,48, 51 y 56 del Acuerdo 062 de 2002 “Estatuto General” de la Universidad de la Amazonía, y el Acuerdo 32 de 2009 “Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía”, en la medida que:

Al no encontrarse resuelta de manera legal y reglamentaria la situación del anterior representante estudiantil era improcedente convocar a elecciones para elegir su reemplazo, toda vez que no se había emitido decisión alguna que hiciera efectiva la sanción impuesta de suspensión del anterior representante.

Conforme a lo anterior la Consejera Ponente fijó el litigio en los siguientes términos:

“Determinar si el acto de elección del señor Carlos Mauricio Arenas Cuéllar como Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía contenida en el acta final de escrutinio de la jornada de elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía convocatoria 006-2013 de 13 de febrero de 2014, expedida por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía, es nulo por violación a las normas constitucionales, legales y reglamentarias

en las que debería fundarse y que fueron concretadas por el demandante en el concepto de violación citado”.

4. Alegatos de conclusión

En aplicación del inciso 5° del artículo 181 del CPACA, se prescindió de la audiencia pruebas y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de las partes y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

4.1. Concepto del Agente del Ministerio Público

Comenzó por relatar los hechos, la pretensión y el concepto de la violación en la que se funda la demanda presentada por el señor Óscar Conde Ortiz y las actuaciones surtidas en su trámite.

Acto seguido, manifestó que según el dicho de la parte actora no se notificó en debida forma, al señor Henry Cortés la decisión de confirmar la sanción que le fue impuesta en primera instancia en el proceso disciplinario que se adelantó en su contra.

Luego de transcribir el contenido de los artículos 66 al 69 del CPACA, manifestó que según las pruebas allegadas al proceso se tiene que:

a) En la misma fecha en que se resolvió el recurso de apelación del acto administrativo sancionatorio, el Vicerrector Académico dispuso la citación para su notificación personal al investigado y a su apoderado, en la cual se les advirtió que de no comparecer dentro de los cinco días siguientes se procedería a la notificación por aviso.

b) En virtud de que no se presentaron las personas antes citadas, el 25 de noviembre de 2013 se procedió a la notificación por aviso.

c) Que lo anterior, “...se entendió por parte de la universidad agotado el procedimiento referido con la notificación del acto definitivo de suspensión del estudiante Henry Alexander Cortés Cubillos y se procedió a expedir la constancia secretarial adiada a 27 de noviembre de 2013 [según la cual] quedó surtida la notificación personal de la decisión de segunda instancia proferida dentro del proceso disciplinario No. INV-001-2013, luego de haber transcurrido un día hábil siguiente al recibo del Aviso en el lugar de destino, de conformidad con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, en consecuencia, luego de haberse resuelto y notificado en debida forma los recursos interpuestos por los sujetos procesales contra el fallo de primera instancia, se entiende ejecutoriada dicha providencia disciplinaria el día veintiséis (26) de noviembre de 2013 a las 06:00 p. m.”.

d) En la misma fecha de la anterior constancia secretarial el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía expidió la Convocatoria No. 006 por medio de la cual le solicitan al rector

que convoque a los estudiantes a elegir su representante ante el Consejo Superior Universitario.

e) Mediante Resolución No. 2698 de 2013 el rector de la Uniamazonía procede a “convocar a los Estudiantes de la Universidad de la Amazonía, al ejercicio democrático de elección del Representante de los mismos ante el Consejo Superior...” y luego decreta la elección mediante el acto ahora demandado.

Luego de lo anterior concluyó el Ministerio Público que no obran en el plenario, elementos de prueba que permitan inferir que, en efecto, la Universidad adelantó las actuaciones previstas para lograr la notificación personal del disciplinado y de su apoderado judicial. Además destacó que en su criterio no bastaba con la citación y el vencimiento del término de cinco (5) días para entender agotada la diligencia, por el contrario “...se requiere de actuaciones materiales que sean demostrativas sin lugar a equívocos de que se realizaron actuaciones tendientes a lograr la notificación. Este mecanismo subsidiario como se ha señalado no reemplaza al principal y su utilizan (sic) solo se autoriza y es válida cuando después de agotar los recursos disponibles para comunicar personalmente la actuación administrativa”.

Afirmó que de la revisión de las citaciones enviadas para lograr la notificación personal se evidencia que tienen constancias de recibo pero no se puede establecer quien las recibió como tampoco la dirección en la que fueron remitidas y entregadas ni el motivo por el “...cual no fue posible la entrega personal del oficio de citación, desconociendo con ello que la notificación por aviso tiene un carácter subsidiario a la personal que es la que interesa al derecho por cuanto que ella permite el ejercicio del derecho del derecho fundamental de defensa”. Como fundamento de su aseveración citó una sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 17 de abril de 1997¹.

Adujo que la irregular notificación personal tiene la entidad suficiente para afectar la actuación administrativa que culminó con la elección ahora cuestionada, en virtud del desconocimiento de la garantía del derecho al debido proceso. Transcribió apartes de la sentencia T-419 de 1994 de la Corte Constitucional.

Señaló que en aplicación de la norma que regula el procedimiento de la notificación personal según “el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación” en este caso al no estar debidamente notificado el acto que confirmó la sanción impuesta al señor Cortés Cubillos “...no podía el Consejo Electoral solicitar al rector de la Universidad que se convocara a la elección del representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía”.

En virtud de lo anterior advirtió que “...se encuentran viciadas de nulidad”, en razón de la “...inexistencia de la notificación

del acto definitivo al estudiante y representante del estamento estudiantil ante el Consejo Superior” la actuación administrativa adelantada desde la solicitud de convocatoria a elección hasta el acto declaratorio de la elección. Razón por la cual solicitó acceder a las súplicas de la demanda y anular el acto demandado (fls. 216 al 221).

4.2. Del demandado

Mediante apoderado judicial manifestó que no hay lugar a declarar la nulidad del acto por medio del cual se declaró su elección pues, el trámite se adelantó con observancia del derecho al debido proceso y con apego a las normas del Estatuto Estudiantil, Estatuto General y Electoral de la Universidad de la Amazonía.

Para el efecto, expuso que en el expediente obra copia del fallo de primera instancia dictado en el proceso disciplinario adelantado contra Henry Cortés Cubillos y al transcribir un aparte del mismo concluyó que resulta evidente que durante el trámite del proceso administrativo el investigado “...asumió un comportamiento omisivo y de no comparecencia buscando dilaciones las cuales jamás fueron justificadas”. Además, afirmó que en el plenario del proceso disciplinario “...consta la manifestación expresa del estudiante de ser notificado en el programa de Licenciatura de Lengua Castellana y Literatura, más tarde mediante su apoderado”.

Asimismo, indicó que resulta evidente que la notificación de la decisión que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo disciplinario de primera instancia “se agotó” conforme al procedimiento establecido en el CPACA, “...por lo que ante la no comparecencia ni del apoderado ni del estudiante hoy sancionado, se procedió a la notificación por aviso, quedan (sic) en firme la decisión”.

Sumado a lo anterior precisó que, la Universidad de la Amazonía cuenta con norma especial que regula el trámite disciplinario - Acuerdo 09 de 2007 Estatuto Estudiantil en sus artículos 85 al 87-; por tanto, en este caso no hay lugar a referir el desconocimiento de la Ley 734 de 2002. Además, advirtió que la investigación adelantada contra el señor Henry Cortés Cubillos obedeció a conductas realizadas en su condición de estudiante por incumplimiento de sus deberes y faltas, en consecuencia, no había lugar a tener en consideración su condición de Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario.

Así las cosas, expuso que el mentado proceso disciplinario se adelantó con apego a las normas que lo regulan y con el debido respeto de los derechos que le asistían al investigado y las notificaciones se llevaron a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en el C. C. A.

Que se libraron los respectivos “...oficios de diligencia de notificación personal” el 14 de noviembre de 2013 dirigidos al estudiante investigado y a su apoderado, los cuales fueron

1 Rad. No. 3358.

remitidos a la dirección del abogado y al programa de Licenciatura en Lengua Castellana y Literatura “...tal como lo manifestó expresamente el estudiante el día 09 de mayo de 2013”, recibidos el 15 de noviembre de 2013; por tanto, el término de 5 días feneció el 22 del mismo mes y año “...sin la comparecencia del estudiante y su apoderado”. Razón por la cual, de conformidad con el artículo 69 del CPACA, se procedió a la notificación por aviso el 25 de noviembre de 2013 “...dándose por agotada la notificación por aviso al finalizar el día 26 de noviembre de 2013”.

Finalmente, concluyó que quedó desvirtuado el dicho de la parte actora según el cual el fallo disciplinario no está en firme, ante la omisión de su notificación al sancionado, pues como se expuso anteriormente la diligencia de notificación se surtió en debida forma. Solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 391 al 393).

4.3. Del demandante

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda en el sentido de que la decisión que sancionó definitivamente al estudiante Henry Cortés no le fue debidamente notificada, situación que de conformidad con el artículo 72 del CPACA, el acto quedaría sin efectos y por lo tanto el cargo que tiene el demandado –Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía– “no entró en vacancia”.

Manifiestó que de conformidad con el párrafo 9º del artículo 24 del Acuerdo 62 de 2002 –Estatuto General de la Universidad de la Amazonía– a los integrantes del Consejo Superior Universitario al ejercer funciones públicas se les debe aplicar las disposiciones de la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único–.

En virtud de lo anterior la parte actora considera que para ejecutar la sanción se debió proceder así:

- a) De conformidad con el numeral 4 del artículo 172 de la Ley 734 de 2002 “...la sanción debía ser ejecutada por el Presidente del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, actuación que incluso hasta la fecha no se ha realizado; por tanto, en su criterio, el cargo ocupado por el ahora demandado “nunca ha estado vacante”.
- b) En caso de que se entienda que el cargo de Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario no conlleva la calidad de servidor público, debería aplicarse el numeral 7 del artículo 172 de la Ley 734 de 2002 según el cual es la Procuraduría General de la Nación la encargada de ejecutar el fallo disciplinario, luego de estar ejecutoriada la sanción.

De lo anterior, concluyó que “...el fallo sancionatorio para que produjera efectos al menos frente a la pérdida del cargo de representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior

de la Universidad de la Amazonía debía ser ejecutado, y ello no ocurrió (...) luego el cargo (...) NO ENTRÓ EN VACANCIA y por lo tanto, no podía convocarse a elección, llevando esto como consecuencia a que la elección que se realizó y en la que resultó ganador el señor CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR debe ser anulada” (fls. 394 al 398).

II. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999³.

El acto acusado lo constituye “Acta Final de Escrutinio de la jornada de elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía-Convocatoria No. 006-2013” por medio de la cual se designó a CARLOS MAURICIO ARENAS CUÉLLAR Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

El problema jurídico a resolver radica en determinar si el acto de elección del señor Carlos Mauricio Arenas Cuéllar como Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía es nulo por violación a las normas constitucionales, legales y reglamentarias en las que debería fundarse al no encontrarse presuntamente resuelta de manera legal y reglamentaria la situación del anterior representante estudiantil, lo que impedía convocar a elección para elegir su reemplazo, toda vez que no se había emitido decisión alguna que hiciera efectiva la sanción impuesta de suspensión del representante anterior.

2.1 De las pruebas relevantes que obran en el expediente

- Acta Final de Escrutinio de la Jornada de Elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía Convocatoria No. 006 de 2013 (copia autenticada fls. 94-95) y constancia de publicación el 13 de febrero de 2014 (fl. 96).
- Acta de posesión No. 032 de 2 de septiembre de 2011 del estudiante HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS, como

2 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

3 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (Modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

Representante de los Estudiantes al Consejo Superior Universitario (copia simple fl. 129).

- Constancia suscrita por el Secretario General de la Universidad de la Amazonía en la que se hace constar que el señor HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS, fue Representante de los Estudiantes del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía desde el 2 de septiembre de 2011 hasta el 26 de noviembre de 2013 (copia simple fl. 130).
- Auto que resuelve recurso de apelación suscrito por el Vicerrector Académico de la Universidad de la Amazonía dentro de la investigación disciplinaria No. 001-2013 contra HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS de 14 de noviembre de 2013. (copia simple fls. 131-141).
- Constancia secretarial de 27 de noviembre de 2013, suscrita por la Secretaria de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de la Amazonía en la que manifiesta que se entiende ejecutoriada la providencia disciplinaria el 26 de noviembre de 2013 (copia fl. 141).
- Oficio del 27 de noviembre de 2013 suscrito por el Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación y dirigido a la Jefe de Registro y Control Académico de la Universidad de la Amazonía en la que informa que "(...) *da aval a la sanción de suspensión de tres periodos académicos, que fue impuesta en el fallo de primera instancia del día 28 de octubre de 2013*" (copia fl. 322).
- Constancia suscrita por el Jefe de la División de Registro y Control académico de la Universidad de la Amazonía de 17 de diciembre de 2013 (copia autenticada fl. 323), que señala:

"Que HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS, identificado con cédula de ciudadanía colombiana No. 8355779 expedida en Envigado, fue estudiante de esta Universidad desde el 1° de enero de 2008 hasta 27 de noviembre de 2013, en el programa LICENCIATURA EN LENGUA CASTELLANA Y LITERATURA jornada nocturna con código SNIES 15767. En la actualidad NO es estudiante activo de nuestra *alma mater*".

"Que en su hoja de vida aparece una sanción disciplinaria por actos o conductas que atentan contra el orden académico colectivo, los Estatutos y los Reglamentos Universitarios, avalado por el Consejo Académico Universitario mediante oficio CA-338 del 28 de octubre de 2013, por medio del cual se sanciona a HENRY ALEXÁNDER CUBILLOS con *suspensión de tres periodos académicos*".

Constancia secretarial signada por el Vicerrector Académico de la Universidad de la Amazonía de 26 de noviembre de 2013 (copia autenticada fl. 324), en la que se indica:

"Por medio de la presente se deja constancia de la notificación por aviso efectuada mediante oficio de

fecha 25 de noviembre de 2013, efectuada al Doctor DIÓGENES JOSÉ MÁRQUEZ CAMARGO y a HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS en su calidad de disciplinado, en la calle 16 No. 6-10 Barrio 7 de agosto, en su calidad de apoderado de confianza del estudiante HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS, dentro del expediente de la referencia".

Notificación por aviso de 25 de noviembre de 2013, signada por el Vicerrector Académico del auto que resuelve el recurso de apelación contra fallo de primera instancia dentro de la investigación 001-2013 contra Henry Alexander Cortés Cubillos (copia autenticada fl. 325).

Comunicación de 14 de noviembre de 2013, signada por el Vicerrector Académico (e) de la Universidad de la Amazonía dirigida al Henry Alexander Cortés Cubillos mediante la cual se comunica (copia autenticada fl. 337):

"(...) que en el expediente arriba señalado, en decisión del día 14 de noviembre del mismo año, se resolvió el Recurso de Apelación contra el Fallo de Primera Instancia de fecha 28 de octubre de 2013 interpuesto por el apoderado de confianza doctor Diógenes José Márquez Camargo, en virtud del cual se impuso una sanción al estudiante Henry Alexander Cortés Cubillos, identificado con c.c. 8.355.779 de Envigado-Antioquia, Código Estudiantil 151005482 en su condición de estudiante del Programa Académico Licenciatura en lengua castellana y Literatura de conformidad a la normatividad interna vigente".

"Para efectos de la notificación personal de la referida decisión se le solicita acudir a este Despacho, ubicado en la Vicerrectoría Académica de la Universidad de la Amazonía, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes al envío de la presente comunicación. Si no concurre dentro de este último en calidad de disciplinado y tampoco lo hiciera su defensor, se procederá a notificar la decisión por aviso".

- Comunicación de 14 de noviembre de 2013, signada por el Vicerrector Académico (e) de la Universidad de la Amazonía dirigida al Diógenes José Márquez Camargo, como apoderado del estudiante, con el mismo contenido que la anterior (copia autenticada fl. 338).
- Acuerdo 62 de 2002 "*Estatuto General de la Universidad de la Amazonía*" (copia autenticada fls. 341-355).

2.2. Estudio de fondo del asunto

Plantea el demandante que el acto de elección de Carlos Mauricio Arenas Cuéllar como Representante de los Estudiantes de la Universidad de la Amazonía es nulo por violación de las normas constitucionales y legales en las que debería fundarse, específicamente los artículos 13, 29, 40 y 209 de la Constitución

Política que se refieren a los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, a elegir y ser elegido y los principios de la función pública, respectivamente.

Radica la transgresión en el hecho de que no se efectuó la notificación personal en debida forma, del fallo de segunda instancia que confirmó la sanción impuesta a Henry Alexander Cortés Cubillos, quien fungía como Representante de los estudiantes, entonces, dicha representación no se encontraba vacante y por ende no se podía iniciar el proceso de elección de su reemplazo.

Asimismo, señala que se violó el párrafo 9º del artículo 24 del Acuerdo 62 “Estatuto General” de la Universidad de la Amazonía que según el demandante establece que se le deben aplicar las disposiciones de la Ley 734 de 2002, a todos los integrantes del Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía, que a la letra reza:

- Párrafo 9º. Los integrantes del Consejo Superior Universitario estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la ley y los estatutos, así como a las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.

Y por esta razón, también se vulneró el artículo 172, numeral 4 y párrafo de la Ley 734 de 2002 que establece que:

“Artículo 172. Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por:

4. Los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas.

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación”.

En primer término, para resolver el asunto es menester indicar que la demanda de nulidad electoral, en este caso, no pretende reivindicar los derechos del estudiante sancionado disciplinariamente, como lo manifiesta el apoderado del demandado⁴, pues, tal como fue presentado por el demandante y fijado el litigio por la Consejera Ponente en la audiencia inicial, la acción tiene como finalidad verificar la legalidad del acto de elección del Representante Estudiantil Carlos Mauricio Arenas

Cuéllar, derivada de un procedimiento disciplinario seguido en contra de quien ostentaba tal representación y que dice se concreta en la indebida notificación y ejecución de la sanción disciplinaria impuesta por la Universidad de la Amazonía al Representante anterior, Henry Alexander Cortés Cubillos.

Que esta irregularidad repercutió en la convocatoria a elección de Representante y la posterior designación del señor Arenas Cuéllar.

En estos términos, puesto que se trata de una acción electoral, de conformidad con el artículo 139 del CPACA puede ser impetrada por cualquier persona, por ende no son de recibo los argumentos del demandado -aunque planteados como excepciones previas-, y que en la audiencia inicial, la Consejera Ponente consideró se debían resolver al momento de dictar sentencia.

En segundo término, de conformidad con el principio de autonomía universitaria, el Acuerdo 9 de 2007 “*Estatuto Estudiantil*” de la Universidad de la Amazonía regula en el capítulo I, del Título 5, el Régimen Disciplinario aplicable a los estudiantes, en el cual, además de las conductas disciplinables, las faltas disciplinarias y el procedimiento a seguir, se señala claramente que la notificación de la sanción como resultado de un proceso de este tipo, debe ser realizada de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo –que debe entenderse ahora del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de los hechos⁵– la norma en cita prevé:

Artículo 86. NOTIFICACIÓN DE SANCIONES: Las sanciones serán notificadas en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, por disposición expresa de la norma especial aplicable, la notificación de la sanción, tal como lo indicó en su concepto el Ministerio Público, se debe efectuar de conformidad con lo establecido en los artículos 67, 68 y 69 del CPACA, que disponen:

Artículo 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

⁴ Solicitado por el apoderado del demandado como excepción previa en el escrito de contestación de la demanda y considerado en la audiencia inicial como un asunto de fondo que debía decidirse en la sentencia.

⁵ Art. 308 del CPACA. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

Artículo 68. Citaciones para notificación personal. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

Artículo 69. Notificación por aviso. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto

administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

Esta remisión normativa descarta la alegación del actor frente al incumplimiento de las normas de notificación y ejecución señaladas en el artículo 72 de la Ley 734 de 2002, puesto que como ya se indicó, el Estatuto Estudiantil de la Universidad de la Amazonía se establece claramente la forma de notificación de este tipo de sanciones, y la interpretación realizada por el demandante relacionada con que, se deben aplicar las normas del Código Único Disciplinario porque así lo establece el párrafo 9° del artículo 24 del Acuerdo 62 de 2002 “Estatuto General” carece de soporte, puesto que, esa norma se refiere únicamente a que son aplicables a los Representantes del Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía respecto de las causales de impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 734 de 2002, y no toda la normativa disciplinaria, como lo plantea el actor, por ende en cuanto a la notificación y ejecución de la sanción aplica la norma especial señalada en el artículo 86 del Estatuto Estudiantil, que remite a su vez al Código Contencioso Administrativo –ahora CPACA-.

Entonces, por ser el fallo disciplinario de segunda instancia una decisión que pone fin a una actuación administrativa se debió realizar la notificación personal como lo establece el artículo 67 del CPACA, de no ser posible agotara el trámite dispuesto en el artículo 68 de la misma codificación, para lo cual dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto se debe citar por el medio más eficaz al interesado para que comparezca a la dirección, fax o correo electrónico que figuren en el expediente. Si pasados los 5 días del envío de la citación no ha sido posible realizar la notificación personal, esta se hará por aviso.

Al respecto, en el plenario obran las siguientes pruebas que resultan relevantes, en lo que tiene que ver con la notificación del acto administrativo que confirma la sanción disciplinaria al estudiante Cortés Cubillos:

- Citaciones de 14 de noviembre de 2013 (copias autenticadas), signadas por el Vicerrector Académico (e) de la Universidad de la Amazonía dirigidas al Henry Alexander Cortés Cubillos y a Diógenes José Márquez Camargo, como apoderado, mediante las cuales se comunica la decisión del día 14 de noviembre del mismo año y se solicita su presencia, dentro de los 5 días siguientes, a efectos de realizar la notificación personal.
- Remisión del aviso de 25 de noviembre de 2013, suscrita por el Vicerrector Académico del auto que resuelve el recurso

de apelación contra fallo de primera instancia dentro de la investigación 001-2013 contra Henry Alexander Cortés Cubillos (copia autenticada fl. 325).

- Constancia secretarial firmada por el Vicerrector Académico de la Universidad de la Amazonía de 26 de noviembre de 2013 (copia autenticada fl. 324), en la que se deja constancia de la notificación por aviso efectuada mediante oficio el 25 de noviembre de 2013, al doctor DIÓGENES JOSÉ MÁRQUEZ CAMARGO y a HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS, en la calle 16 No. 6-10 Barrio 7 de agosto.
- Constancia secretarial de 27 de noviembre de 2013, suscrita por la Secretaria de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de la Amazonía en la que manifiesta que se entiende ejecutoriada la providencia disciplinaria el 26 de noviembre de 2013 (copia fl. 141).
- Constancia firmada por el Jefe de la División de Registro y Control académico de la Universidad de la Amazonía de 17 de diciembre de 2013 (copia autenticada fl. 323), que señala que **HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS** fue estudiante de esta Universidad desde el 01 de enero de 2008 hasta 27 de noviembre de 2013 y que en su hoja de vida aparece un sanción disciplinaria por actos o conductas que atentan contra el orden académico colectivo.

De las anteriores actuaciones se tiene que, contrario a lo dicho por el Ministerio Público la Universidad de la Amazonía dentro del trámite del proceso disciplinario INV 001-2013 adelantado contra el estudiante Henry Alexander Cortés Cubillos, intentó la notificación personal con las citaciones enviadas el 14 de noviembre de 2013 al estudiante y a su apoderado (según consta a folios 337 y 338 de las diligencias) y ante su no comparecencia, procedió dentro del término legal establecido por el artículo 69 del CPACA –norma aplicable por remisión expresa del Estatuto Estudiantil– a efectuar la notificación por aviso a la dirección registrada, igualmente, al estudiante y a su apoderado, para el efecto remitió el respectivo aviso junto con la copia de la decisión según lo establecido en la misma normativa.

De acuerdo con lo anterior, cuando se inició el trámite administrativo tendiente a la elección del Representante de los Estudiantes ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de la Amazonía, el fallo disciplinario dictado contra HENRY ALEXÁNDER CORTÉS CUBILLOS, ya estaba ejecutoriado y por ende el cargo se encontraba vacante y de conformidad con el parágrafo del artículo 6º del Acuerdo 31 de 2010 "Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancias de la institución" procedía realizar, dentro de los siguientes 10 días calendario, todo el proceso de elección y designación del representante que ocupe la representación vacante.

Entonces, no encuentra esta Sala de decisión que se hayan vulnerado las normas de notificación aplicable, como lo manifiesta el demandante, que como ya se dijo, se trata de las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (no es aplicable lo establecido en la Ley 734 de 2002) y por lo mismo no existió, en este caso, violación a los derechos fundamentales del estudiante investigado invocados en el libelo que generen irregularidad en el procedimiento eleccionario subsiguiente.

Tampoco es de recibo, aseverar que la notificación personal no se intentó, pues de acuerdo con las pruebas recaudadas, obran en el plenario copias autenticadas de las comunicaciones dirigidas al estudiante y su apoderado, las cuáles no fueron objeto de reproche alguno en el trámite de este proceso por el demandante, por ende gozan de presunción de legalidad. Asimismo, no existe objeción de la parte actora respecto de la dirección a la cual se ordenó su envío.

Así las cosas, esta Sala considera que de conformidad con las razones expuestas son suficientes para denegar las pretensiones.

Por 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,

III. RESUELVE:

Primero: **Negar** las pretensiones de la demanda.

Segundo: Notificar a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

Tercero: Por Secretaría devuélvase al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Florencia (Caquetá) el expediente de tutela remitido en préstamo, según folio 356.

Cuarto: Archivar el expediente una vez quede en firme el fallo.

Quinto: contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

Jaime Córdoba Triviño

Conjuez

Gabriel de Vega Pinzón

Conjuez

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA
- Haber sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad / INHABILIDAD POR CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - Elementos que la configuran/INHABILIDAD POR CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD - Las características que debe tener la sentencia judicial en la que se funde la inhabilidad son La notificación y ejecutoria como factores de existencia, validez o eficacia/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - no estar probada la ejecutoria de la sentencia penal, en la que se funda la inhabilidad endilgada al demandado

En este sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia AC-11861 de 5 de junio de 2001, concluyó que: "... se estructura a partir de los siguientes elementos: a) que el congresista haya sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, en cualquier época y b) que la condena no le haya sido impuesta por delitos políticos o culposos" Está probado que: 1. El demandado tiene la calidad de congresista, según se advierte del formulario por el cual se declaró su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca; 2. Desde el 7 de febrero de 1996 se dictó sentencia judicial condenatoria en su contra por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, por el delito de porte ilegal de armas dictada, que no resulta ni culposo y tampoco político, como consta en la copia allegada al plenario.

A pesar de lo dicho, no puede desconocer la Sala que el demandado arguye que el mencionado fallo penal no le fue notificado en calidad de condenado, lo que hace obligatorio establecer las características que debe tener la sentencia penal en la que se argumente la solicitud de nulidad del acto declaratorio de su elección.

Al respecto de las características que debe tener la sentencia judicial, en la que se funde la inhabilidad objeto de estudio, la Sala Plena del Consejo de Estado, en fallo del 4 de septiembre de 2001, Rad. 11001-03-15-000-2001-0098-01(PI), advirtió que la misma debería estar ejecutoriada. (...) el señor Pedro Jesús Orjuela Gómez fue notificado del fallo penal condenatoria del 7 de febrero de 1996, el 20 de enero de 2014, diligencia en la cual anticipó que la apelaría, como en efecto corrió el 27 de enero de 2014. Acto seguido, por auto del 12 de febrero de 2014, se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca.

El recuento de las anteriores actuaciones surtidas en el proceso penal evidencian de manera más que clara que en la actualidad no existe constancia de ejecutoria del fallo penal proferido contra el demandado, por el contrario está demostrado que el mismo está en la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– a la espera de que se resuelva el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial del señor Orjuela Gómez, situación que es adjudicable a la presunta falta de notificación al condenado.

Por lo anterior, en este momento, no están cumplidos, en su totalidad, los requisitos exigidos para la configuración de la causal de inhabilidad propuesta por la parte actora, en el proceso electoral objeto de estudio por parte de la Sala, pues como antes se precisó, con el debido sustento jurisprudencial, para que se estructure la causal del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política se requiere, además de las exigencias ya descritas, que la sentencia judicial esté ejecutoriada, lo cual no se probó en este caso. De conformidad con las argumentaciones expuestas la Sala concluye que al no estar probada la ejecutoria de la sentencia penal, en la que se funda la inhabilidad endilgada al demandado, este no resulta un antecedente penal válido su estructuración.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince 2015

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00033-00

Actor: Eduardo Quiroga Lozano y otro

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Arauca

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia dentro de los procesos electorales iniciados contra la elección del señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez**, Representante a la Cámara por el departamento de Arauca –Formulario E-26-CAM “*Resultado del Escrutinio Elección de Cámara Elecciones 9 de marzo de 2014*”⁶.

ANTECEDENTES

I. LAS DEMANDAS

I.I. Expediente No. 2014-0033-00 demandante: Eduardo Quiroga Lozano:

1. La pretensión de la demanda

Se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez**, Representante a la Cámara por el departamento de Arauca –Formulario E-26-CAM “*Resultado del Escrutinio Elección de Cámara Elecciones 09 de marzo de 2014*”⁷.

1.2. Soporte fáctico

Expuso la parte actora que el demandado **Pedro Jesús Orjuela Gómez** inscribió su candidatura, con aval del Partido

6 Folio 24.

7 Folio 24.

Liberal Colombiano, como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca, periodo 2014-2018.

El 10 de diciembre de 2013 el Representante Legal del Partido Liberal solicitó ante el Consejo Nacional Electoral la revocatoria de la inscripción de la candidatura del señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** por considerar que estaba incurso en la causal de inhabilidad, consagrada en el artículo 179, numeral 1 de la Constitución Política.

Afirmó el demandante que el conocimiento de la solicitud correspondió al doctor **José Joaquín Vives Pérez**, Magistrado del Consejo Nacional Electoral quien escuchó *“...en declaración al señor Pedro Jesús Orjuela Gómez y en cuya diligencia no negó que había sido condenado, a pena privativa de la libertad, por porte ilegal de armas, manifestando que desconocía esa decisión y que hasta ahora tenía conocimiento”*.

Además de la anterior prueba el Magistrado del Consejo Nacional Electoral requirió copia del expediente del proceso penal cursado contra el señor **Orjuela Gómez**. Advirtió que de dicho plenario se evidenció que el ahora demandado fue condenado por sentencia proferida el 7 de febrero de 1996, por el delito de porte ilegal de armas, que no se enlista dentro de la excepción constitucional como delito político o culposo, que fue notificada a su apoderado judicial.

A pesar de lo anterior, el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución No. 0280 del 21 de enero de 2014 negó la revocatoria de la inscripción del señor Orjuela Gómez por considerar que *“...no contaba con elementos de juicio suficientes que le permita inferir, a ciencia cierta que el señor Pedro Jesús Orjuela Gómez, se encontraba inmerso o no en la causal de inhabilidad que se le imputa...”*.

Por último, manifestó que el demandado obtuvo la curul en la Cámara de Representantes por el departamento de Arauca.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se afirma que la elección del señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** vulnera el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política que dispone:

“CAPÍTULO VI DE LOS CONGRESISTAS

No podrán ser congresistas:

1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”.

Destacó la parte actora que es tan clara la inhabilidad que pesa sobre el demandado, en razón de la condena penal en su contra a pena privativa de su libertad por un (1) año, por porte ilegal

de armas, que el propio partido liberal inicialmente, le otorgó su aval, le solicitó al Consejo Nacional Electoral la revocatoria de la inscripción de su candidatura.

1.4. Contestaciones

1.4.1. Pedro Jesús Orjuela Gómez

El demandado, mediante apoderado judicial, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda. Para el efecto, manifestó que la sentencia por la cual se le impuso una condena penal no está *“...ejecutoriada, en firme o sea definitiva, pues el Sr. Orjuela solo fue notificado hasta el 20 de enero de 2014 e interpuso recurso de apelación, el cual se encuentra en curso ante el Tribunal Superior de Arauca”*.

Luego de explicar la relevancia de la notificación de las decisiones judiciales, pues en la medida que se realice en debida forma, permite el ejercicio del derecho de defensa y contradicción y por el contrario, su omisión puede devenir en la nulidad de la actuación adelantada. Argumento que apoyó en lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-641 de 2002.

Con fundamento en lo anterior, advirtió que la sentencia penal proferida el 7 de febrero de 1996 por el Juez Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, en la cual fue condenado a pena privativa de la libertad por un (1) año, *“...no podrá considerarse como un antecedente que afecte los derechos y libertades del señor Orjuela toda vez que la providencia fue mal notificada, lo que desconoce los derechos de mi probijado, es decir que dicha decisión carece de validez en el sistema jurídico”*.

Explicó que para la época en la que acaecieron los hechos que generaron el proceso penal regía el Decreto 2700 de 1991 que en su artículo 186 disponía:

“Providencias que deben notificarse. Además de las señaladas expresamente en otras disposiciones, se notificarán las siguientes providencias: Las providencias interlocutorias, la que pone en conocimiento de las partes la prueba trasladada o el dictamen de peritos, el auto que ordena la práctica de pruebas en el juicio, el que señala día y hora para la celebración de la audiencia, la providencia que declara desierto el recurso de apelación y la que fija fecha en segunda instancia para la sustentación del recurso, el auto que ordena el traslado para pruebas dentro del recurso de revisión, las providencias que deniegan los recursos de apelación y de casación, la que ordena dar traslado para presentar alegatos de conclusión y las sentencias”.

La misma norma en cuanto a la notificación de las sentencias precisaba que:

“Artículo 190. Notificación por estado. Cuando no fuere posible la notificación personal a los sujetos

procesales diferentes a los mencionados en el artículo 188 de este código, se bará la notificación por estado que se fijará tres días después, contados a partir de la fecha en que se haya realizado la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente. El estado se fijará por el término de un día en secretaría y se dejará constancia de la fijación y desfijación”.

Del contenido de los anteriores preceptos concluye el demandado que las sentencias debían notificarse personalmente a todos los sujetos procesales y si no fuese posible por este medio su notificación debería realizarse por edicto.

De conformidad con lo expuesto, precisó la parte actora que la sentencia penal del 7 de febrero de 1996 debió haberse notificado además de a su apoderado, al propio condenado “... *so pena de impedir de manera injustificada el correcto ejercicio de la defensa material o técnica dependiendo del caso*”. Sin embargo, sostuvo que al señor **Orjuela Gómez** no se le envió la comunicación para notificarlo de manera personal y tampoco se publicó el respectivo edicto como consta en “... *el acta de visita especial efectuada al proceso penal por el Procurador 205 Judicial Penal 1 y la constancia expedida por el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca*”.

La anterior situación incluso resulta vulneratoria del contenido del artículo 137 del Decreto 2700 según el cual:

“Facultades del sindicado. Para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del [casación]. Cuando existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas”.

En criterio de la parte actora, del contenido de la norma antes transcrita resulta evidente que, si al sindicado le asisten los mismos derechos que a su defensor y con ello también las garantías procesales, es claro que, en el caso de marras la sentencia penal condenatoria debió notificársele al señor **Orjuela Gómez**. Al respecto, citó el siguiente aparte de la sentencia C-069 de 2009 de la Corte Constitucional:

“En este marco, para controvertir la actividad acusatoria del Estado el ordenamiento prevé dos modalidades de defensa que no son excluyentes sino complementarias. De un lado, la defensa material, que es la que lleva a cabo personalmente el propio imputado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades. De otro, la defensa técnica, “que es la ejercida por un abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes”.

A manera de colofón sostuvo que, en el proceso penal no se cumplió con el requisito de publicidad sobre la sentencia penal de 7 de febrero de 1996, razón por la cual el demandado **Orjuela**

Gómez no tuvo conocimiento de la condena que se dictó en su contra y así lo manifestó en la declaración que rindió ante el Consejo Nacional Electoral, en el proceso de revocatoria de su inscripción como candidato a la Cámara de Representantes, situación que se suma al hecho de que no registra antecedentes judiciales, lo que le permitió acceder con anterioridad a otros cargos de elección popular como concejal y diputado.

Asimismo, informó que la plurimencionada sentencia penal del 7 de febrero de 1996 solo le fue notificada al señor **Pedro Jesús Orjuela hasta el 20 de enero de 2014 y procedió a apelar dicho fallo, lo cual ratifica que la condena no está en firme.**

De acuerdo con lo anterior, reiteró que el fallo penal proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca **no tiene la entidad suficiente para limitar los derechos políticos del señor Orjuela Gómez, toda vez que la misma no está en firme**, en este sentido precisó que la Corte Constitucional en la sentencia C-641 de 2002 expuso que “... *una decisión judicial resulta obligatoria e imperativa porque se encuentra plenamente ejecutoriada, más la producción de sus efectos jurídicos dependen de la previa notificación de su contenido a los distintos sujetos procesales. Esto porque si una de las finalidades de la publicidad consiste en informar a dichos sujetos sobre la obligación de acatar una determinada conducta, no se podría obtener su cumplimiento coactivo en contra de la voluntad de los obligados, cuando estos ignoran por completo lo dispuesto en la decisión judicial, desconociendo la premisa fundamental de un régimen democrático, según la cual el conocimiento de una decisión permite establecer los deberes de las personas y demarcar el poder de coacción de las autoridades, lejos de medidas arbitrarias o secretas propias de regímenes absolutistas*”.

Consecuencia de lo expuesto afirma la parte demandada que la sentencia penal no puede representar un antecedente judicial “... *que afecte la posibilidad del Sr. Orjuela de acceder a cargos de elección popular, ya que en lo que al mundo del derecho corresponde no ha sido sancionado por delito alguno acorde con las prescripciones legales, pues además de las irregularidades, en este momento el proceso se encuentra en curso de la segunda instancia*”. Como tampoco tiene la entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que recae sobre el demandado. (fls. 133 al 147).

1.5. Coadyuvancias

1.5.1. Del señor Carlos Alfaro Fonseca

Manifestó que coadyuva las pretensiones de la demanda por considerar que el señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** está incurso en la inhabilidad contemplada en el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política, pues con anterioridad a la fecha en que resultó elegido Representante a la Cámara ya había sido condenado penalmente.

Advirtió que incluso con este mismo fundamento y partiendo del hecho de que el señor **Orjuela Gómez** fue condenado penalmente por el delito de porte ilegal de armas, presentó demanda de pérdida de investidura (fls. 101 al 104).

1.5.2. Del señor Jorge Alberto Méndez García

Expuso que era su intención “*coadyuvar al demandado*”. En este sentido manifestó que solicitaba negar las pretensiones de la demanda y señaló que los demandantes “...*por el afán de tratar de perjudicar al señor Orjuela Gómez no tuvieron la más mínima atención al leer el contenido de la audiencia de juzgamiento de febrero 7 de 1996 del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, donde profirió condena al señor Pedro Jesús Orjuela Gómez, por el delito de porte ilegal de armas*” toda vez que en dicha diligencia el apoderado del procesado solicitó que “...*por economía procesal decreta la perención de la acción penal habida cuenta de que han transcurrido siete años desde la fecha en que ocurrieron los hechos*”.

Sin embargo, precisó que la anterior petición fue desatendida y con ello se desconoció que el Código Penal –Ley 100 de 1980–, aplicable de conformidad con la fecha de los hechos que disponía que el término de la prescripción de la acción penal correspondía al mismo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco años. En el caso del demandado “...*habían transcurrido 7 años, 4 meses y 24 días desde la fecha del hecho punible, 14 de septiembre de 1988 al 7 de febrero fecha de la audiencia de juzgamiento*”.

Luego en la misma diligencia el ahora demandado fue condenado con el argumento de que el Decreto 3664 de 1986 disponía que “...*mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en el decomiso de dicho elemento*”.

Considera el coadyuvante del demandado que el fallo penal se dictó con vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y de petición del señor **Orjuela Gómez**, por las irregularidades antes expuestas. Situación que afirma el apoderado del demandado puso en conocimiento del Consejo Nacional Electoral, en el proceso administrativo que se adelantó en procura de obtener la nulidad de la inscripción de su candidatura como representante a la Cámara de Representantes (fls. 165 al 172).

1.6. Trámite del proceso

Presentada la demanda, esta Corporación la admitió mediante auto del 12 de mayo de 2014, fue admitida y se ordenaron y efectuaron las debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable.

1.11. Expediente No. 2014-0031-00 demandante: Arturo Ávila Leguizamón

1. La pretensión de la demanda

Declarar la nulidad del Acta de Escrutinio , Formulario E-26-CAM del 18 de marzo de 2014 mediante la cual se declaró la elección del señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** Representante a la Cámara por el departamento de Arauca, periodo 2014-2018.

1.2. Soporte fáctico

Manifestó que el Presidente del Directorio Departamental del Partido Liberal inscribió al señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Arauca, periodo 2014-2018.

Afirmó que el mismo miembro antes enunciado, del partido liberal solicitó al Consejo Nacional Electoral la revocatoria de la inscripción de la candidatura del señor **Orjuela** luego de “*constatar*” que se encontraba incurso en la causal del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política. Para el efecto, aportó comunicación de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional No. S. 2013-742821/ARAIJ-GRUCI-38.10, según la cual:

“Orjuela Gómez Pedro Jesús, con cédula de ciudadanía 17585412 Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, en oficio 1045 del 27 de julio de 1.999, comunica condena con comprobación, en oficio 105 del 27/07/96 (sic) conoció Fiscal 26 delegado, mediante radicado 5392, por: Porte Ilegal de Armas”.

Considera que de la anterior comunicación “...*se desprende inequívocamente*” que contra el demandado se profirió sentencia penal condenatoria a pena privativa de la libertad por un (1) año y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, delito que “...*no se enlista dentro de la excepción constitucional como delito político o culposo, y de la otra parte, que la pena impuesta fuera declarada extinguida*”.

Precisó que en su entender “*resulta obvio*” que el Oficio 10 de 27 de julio de 1999 se profirió “...*consecuencia de la condena impuesta, una vez notificada y ejecutoriada la sentencia penal condenatoria, pues no tiene sentido enviar comunicación de ese talante cuando el fallo que le sirvió de causa u origen no se hubiere notificado y ejecutoriado, y menos que comunique declaratoria de extinción de la pena, si esta no hubiese cumplido con las formalidades legales de notificación y ejecutoria*”.

En consideración a lo anterior tildó de “*sospechoso*” que no obre en el expediente penal la notificación de la sentencia por la que fue condenado el señor Orjuela Gómez, pues reiteró que previo a la expedición del oficio de 1999, se debió agotar en debida forma el trámite de notificación y ejecutoria.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Expuso que de conformidad con el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política, quien haya sido condenado por delito común no podrá ser congresista, lo cual se configura en el caso del señor **Pedro Jesús Orjuela** quien resultó condenado por porte ilegal de armas el 7 de febrero de 1996, condena judicial que lo deja incurso en inhabilidad para ser Representante a la Cámara, lo que se ratifica el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, que prescribe que se podrá demandar el acto de elección cuando el elegido se halle incurso en causal de inhabilidad (fls. 1 al 14).

1.4. Contestaciones

Aunque por autos de 27 de mayo de 2014 que admitió la demanda y del 8 de agosto de 2014 que admitió su reforma, el ponente ordenó las notificaciones que indica el artículo 277 del CPACA, y que las mismas se surtieron en debida forma, las partes guardaron silencio, con excepción de la Registraduría Nacional del Estado Civil que solicitó se desvinculara del presente proceso aduciendo *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* por considerar que la autoridad competente para establecer si una persona está inhabilitada, es la Procuraduría General de la Nación y las funciones de la Registraduría concluyen con la verificación del cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la inscripción de candidaturas de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1485 de 2011.

Luego con fundamento en las funciones legales y constitucionales de la Registraduría Nacional del Estado Civil concluyó que solo le compete *“...para organizar las elecciones y los diferentes mecanismos de participación, razón por la cual, no es el sujeto procesal llamado a responder por la acción electoral, toda vez que, los hechos que describe el peticionario no tienen relación con las funciones de la Entidad...”*. (fls. 123 al 129).

1.5. Coadyuvancias

1.5.1. Del señor Carlos Alfaro Fonseca

Manifestó que coadyuva las pretensiones de la demanda por considerar que el señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** está incurso en la inhabilidad contemplada en el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política, pues con anterioridad a la fecha en que resultó elegido Representante a la Cámara ya había sido condenado penalmente.

Advirtió que incluso con este mismo fundamento y partiendo del hecho de que el señor **Orjuela Gómez** fue condenado penalmente por el delito de porte ilegal de armas, presentó demanda de pérdida de investidura (fls. 117 al 119).

1.5.2. Del señor Jorge Alberto Méndez García

Expuso que era su intención “coadyuvar al demandado”. En este sentido manifestó que solicitaba negar las pretensiones

de la demanda y señaló que los demandantes *“...por el afán de tratar de perjudicar al señor Orjuela Gómez no tuvieron la más mínima atención al leer el contenido de la audiencia de juzgamiento de febrero 7 de 1996 del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, donde profirió condena al señor Pedro Jesús Orjuela Gómez, por el delito de porte ilegal de armas”* toda vez que en dicha diligencia el apoderado del procesado solicitó que *“...por economía procesal decreta la perención de la acción penal habida cuenta de que han transcurrido siete años desde la fecha en que ocurrieron los hechos”*.

Sin embargo, precisó que la anterior petición fue desatendida y con ello se desconoció que el Código Penal –Ley 100 de 1980–, aplicable de conformidad con la fecha de los hechos, que disponía que el término de la prescripción de la acción penal correspondía al mismo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco años. En el caso del demandado *“...habían transcurrido 7 años, 4 meses y 24 días desde la fecha del hecho punible, 14 de septiembre de 1988 al 7 de febrero fecha de la audiencia de juzgamiento”*.

Luego en la misma diligencia el ahora demandado fue condenado con el argumento de que el Decreto 3664 de 1986 disponía que *“...mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y en el decomiso de dicho elemento”*.

Considera el coadyuvante del demandado que el fallo penal se dictó con vulneración de los derechos fundamentales del señor Orjuela Gómez a la igualdad y de petición por las irregularidades antes expuestas. Situación que afirma el apoderado del demandado puso en conocimiento del Consejo Nacional Electoral, en el proceso administrativo que se adelantó en procura de obtener la nulidad de la inscripción de su candidatura como representante a la Cámara (fls. 195 al 200).

1.6. Trámite del Proceso

Presentada la demanda, esta Corporación la admitió mediante providencia del 27 de mayo de 2014, la cual fue reformada y admitida el 8 de agosto del mismo año, en la cual se ordenaron y efectuaron, conforme a la normativa aplicable, las debidas notificaciones.

II. TRÁMITE DE LOS PROCESOS ACUMULADOS

Con auto de 31 de octubre de 2014 se decretó la acumulación de los procesos 11001-03-28-000-2014-00031-00 y 11001-03-28-000-2014-00033-00, además, se convocó a la diligencia de sorteo de Consejero Ponente (fls. 192 al 194 Exp. 2014-0033).

III. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 16 de diciembre de 2014, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 23 de enero de 2015 (fl. 224).

La mentada diligencia se surtió de acuerdo al trámite establecido en los artículos 180 y 283 del CPACA, para sanear nulidades (que no se presentaron), establecer la fijación del litigio y decretar pruebas:

3.1. Fijación del litigio

El mismo se fijó en “...determinar si el acto de elección del señor PEDRO JESÚS ORJUELA GÓMEZ, como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca, para el período 2014-2018 contenido en el E-26CAM, es nulo por elegir a candidato incurso en la causal de inhabilidad, prevista en el artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política, relacionada con la existencia de sentencia penal condenatoria en contra y siguiendo los derroteros temáticos ya planteados.

Todo lo anterior bajo las causales de nulidad electoral del artículo 275 numeral 5 del CPACA, en armonía con el artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política”.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En aplicación del inciso 5° del artículo 181 del CPACA, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

4.1. Del señor Carlos Alfaro Fonseca, coadyuvante

Luego de relatar los antecedentes del caso objeto de estudio y de enlistar algunas de las pruebas recaudadas, reiteró que el demandado está incurso en la inhabilidad del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política, pues:

“...al momento de ser condenado ya era una persona adulta, que fue capturado en flagrancia, que estuvo presente en su indagatoria, que tuvo su defensor de confianza. Que la sentencia de primera instancia ya está ejecutoriada y que con la presencia de su defensor en dicha audiencia, ya que por no estar detenido no era obligatorio la presencia del acá demandado. Que su abogado defensor estuvo presente en la lectura de fallo de la sentencia de primera instancia que no apeló dicha sentencia en contra de su defendido y que al revés del último folio de esta sentencia condenatoria de primera instancia aparece la notificación personal de su Defensor, al igual que el Fiscal y la del Ministerio Público. El demandado no puede a estas instancias alegar su propio descuido y desidia a su favor bajo el pretexto de que no apeló la sentencia condenatoria de primera instancia en su contra”.

Además, destacó que jurisprudencialmente⁸ la inhabilidad endilgada al demandado se configura con la existencia de los siguientes cuatro (4) elementos que: *i)* el delito se hubiere producido en cualquier época pero antes de la inscripción o elección; *ii)* se hubiere proferido mediante sentencia judicial; *iii)* se refiera a pena privativa de la libertad y; *iv)* no se origine como consecuencia de delitos políticos o culposos. Elementos todos que se configuran en el caso del señor Orjuela Gómez pues mediante fallo de 7 de febrero de 1996 fue condenado por el delito de porte ilegal de armas, “...delito que no corresponde a la categoría de delitos políticos, ni admite reproche punitivo en grado de culpa, es decir es un delito doloso”, sentencia que en su criterio se encuentra ejecutoriada pues su defensor estuvo presente en la audiencia de fallo, no interpuso recurso y firmó la correspondiente acta.

Advirtió, que el estudio que debe realizar el juez del proceso electoral se limita a establecer si se configura la causal de inhabilidad, y no es **dable entrar a analizar si el demandado interpuso los recursos de ley contra la sentencia penal condenatoria.**

Por lo anterior, le corresponde al juez del proceso ordinario analizar la inhabilidad endilgada “...con estricta sujeción a la descripción que las contenga, buscando que su aplicación se circunscriba al ámbito de su comprensión gramatical, sin modificar su espectro en ninguna dirección, pues de así hacerlo, se estaría usurpando por parte del operador judicial, funciones propias del constituyente y del legislador”. Además, sostuvo que el proceso electoral no es el escenario procesal adecuado para que el demandado exponga los reproches respecto de la sentencia penal por la cual fue condenado pues esta no es la instancia para proponerlos, por el contrario debió manifestarlos en el curso del proceso penal en el cual se dictó la sentencia.

Finalmente concluyó que está demostrado que el demandado Pedro Jesús Orjuela “...cumplió la condena que le fue impuesta”, por lo que resulta claro que está incurso en la inhabilidad del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política “...y no resulta válido invocar el artículo 28 de la Constitución Política que establece la no imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad, pues la finalidad de esa causal es la de garantizar y hacer prevalecer el interés general” (fls. 1146 al 1150).

4.2. Del demandado Pedro Jesús Orjuela Gómez

Mediante apoderado judicial, comenzó por referirse a las etapas surtidas en el proceso desde su acumulación y a pronunciarse respecto de las pruebas obrantes en el plenario.

Respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca el 7 de febrero de 1996, por medio de la cual fue condenado por el delito de porte ilegal de armas manifestó es una “...prueba a todas luces contraria a los intereses de los

⁸ Sin citar antecedente alguno.

demandantes, por cuanto no se halla en el plenario constancia de ejecutoria de la misma, ni mucho menos notificación personal de ella, lo cual se quiere hacer ver y subsanar mediante pruebas documentales que no brindan certeza, y testimoniales que buscan ‘subsanar’ un vicio procedimental”.

Destacó que de igual manera se allegó copia auténtica del proceso penal seguido contra el demandado **Pedro Jesús Orjuela Gómez** en el cual también se puede verificar que **no existe constancia de ejecutoria del fallo condenatorio**. Lo que queda aún más claro en el informe secretarial del Juzgado Primero Penal de Circuito de Arauca del 15 de enero de 2014 según la cual “... no se encontró notificación del procesado, fijación de edicto, ni constancia de ejecutoria de la providencia”.

Con fundamento en lo anterior manifestó que solo hasta el 20 de enero de 2014 “...se le notificó personalmente al señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez**, la sentencia condenatoria de fecha 07/02/1996 proferida en su contra...”. Posteriormente, el 27 de enero de 2014 su defensor presentó recurso de apelación contra el mentado fallo, el cual está en estudio de la Corte Suprema de Justicia “...a donde fue enviada la apelación luego del análisis de competencia realizado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca”.

Sin embargo, precisó que el Tribunal Superior de Arauca en la providencia en la que concluyó que no tenía competencia para conocer de la apelación, interpuesta contra el fallo penal condenatorio y que esta le correspondía a la Corte Suprema de Justicia, en razón de la calidad de Congresista del señor **Orjuela Gómez**, precisó que “... en el entendido que el proceso [penal] que contra él se inició el 15 de septiembre de 1988 aún no ha finalizado, toda vez que se encuentra pendiente por resolver el recurso de apelación por él interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida en su contra el 7 de febrero de 1996, por el entonces Juez Primero Promiscuo del Circuito de Arauca”.

Con fundamento en lo anterior, ultimó que el mencionado Tribunal Superior “...despeja todas las dudas sobre la viabilidad del recurso de apelación, además de establecer efectivamente la violación del debido proceso”. Situación que, en su criterio, ratifica que **la sentencia penal condenatoria no ha cobrado ejecutoria**, como lo informó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca.

Como también se evidencia del Acta de la Visita Especial al proceso penal, adelantado contra el señor **Orjuela Gómez**, que realizó el Procurador 205 Judicial Penal 1, en la que se registró que “...aparecen unas notificaciones personales a los sujetos procesales (...) [pero] no aparecen constancias de notificación del procesado, ni personal ni pos edicto, como tampoco constancia de ejecutoria de la sentencia antes señalada”.

Luego se refirió al testimonio y a la declaración extraproceso rendida por la señora **Sandra Judith Avendaño Durán**

respecto del cual manifestó que su práctica tenía como finalidad “...subsanar un error de procedimiento que afectó el derecho de contradicción y defensa de mi representado, y que una vez subsanado por el juez competente, permitió que accediera a la interposición del recurso de alzada”. Preciso que la testigo informó, el 29 de mayo de 2014, que laboró como Secretaria del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca y que es “...mediante Oficio 1.045 en el cual informa que ‘se extinguió la pena por cumplimiento del periodo de prueba es similar o parecida a la que acostumbraba a usar en mis actos públicos y privados, sin poderlo afirmar con certeza dado que no tengo a la vista el documento original, ni es auténtica’”. (Negrillas y subrayas del texto).

Respecto de la anterior declaración, resaltó que se realizó el 29 de mayo de 2014, “...anterior a la presentación de la presentación de la demanda, lo que quiere decir que una vez advertido por los demandantes la inexistencia de los requisitos procesales para establecer que la sentencia condenatoria se encontraba ejecutoriada, buscaron ‘subsanar’ un error procedimental mediante una declaración extraproceso, olvidando la rigurosidad documental y solemne del debido proceso (...) luego entonces se trata de una prueba que no es idónea, por cuanto no establece claramente que el fallo condenatorio de marras se encuentra debidamente notificado y ejecutoriado”. (Negrilla fuera del texto).

Además, manifestó que la declaración no es precisa y tampoco se afirma con certeza que la firma que aparece en el documento que se le presentó sea la suya “...lo que le quita veracidad a la misma y genera una duda jurídica inmensa, que deberá entonces razonarse y resolverse así a favor de mi representado”. Lo que después ratificó en el testimonio que rindió para el presente proceso electoral, ante el comisionado Tribunal Administrativo de Arauca.

De ese mismo testimonio destacó el apoderado del demandado que, a la señora **Avendaño Durán** le preguntaron si para librar el oficio que comunicaba la extinción de la pena era imperioso que la sentencia condenatoria estuviera debidamente notificada y ejecutoriada, a lo cual contestó “...afirmar cosas contundentes como tal sobre ese aspecto es difícil porque todos somos humanos y se puede errar, puede que se quede una notificación pendiente pero lo que si es que uno libraba la comunicación cuando ya había pasado un lapso de tiempo suficiente donde su hubiesen notificado todos los sujetos procesales o se hubiera surtido el edicto de la sentencia como tal, y se comunicaba que había condena y empezaba a transcurrir el periodo de prueba”. (Negrillas y subrayas del texto).

De la anterior respuesta concluye el abogado del señor **Orjuela Gómez** que **la testigo no afirmó si efectivamente se cumplieron los requisitos exigidos** para expedir el Oficio No. 1045 que informó la extinción de la pena por cumplimiento del periodo de prueba y tampoco se puede establecer la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria.

Acto seguido procedió al análisis del testimonio rendido por la señora **Blanca Lilia Clavijo Tautiva**, que tenía como finalidad ratificar el contenido de la certificación del 4 de agosto de 1997, por ella suscrita en calidad de Secretaria del Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Arauca, según la cual contra el señor **Pedro Jesús Orjuela** “...se dictó sentencia condenatoria el 7 de febrero de 1996, condenándolo a un año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas...”. Al respecto, manifestó la parte demandada que la testigo afirmó que la certificación se expidió a solicitud del interesado “...se entiende que seguro fue el señor Orjuela el que la pidió y mi firma... es la mía... me ratificó que la certificación la expedí”.

De lo anterior, destacó el apoderado del demandado que la declaración pone en evidencia que la testigo “supone” que la certificación la solicitó el señor **Orjuela Gómez**, incluso cuando la parte demandante, le preguntó “...si cuando se expide la certificación a solicitud del interesado, por interesado a qué persona se entiende o a quién se está refiriendo” la señora Clavijo contestó “considero doctor que al expedir esa certificación a solicitud del interesado pues es la persona interesada por la cual se expide esa certificación y pues desde luego considero que fue del señor Orjuela el que se acercó al Despacho a solicitar esa certificación”.

En criterio de la parte acusada la anterior pregunta pretendía establecer una notificación inexistente, pero la respuesta de la señora **Clavijo** no afirma que fue el citado señor **Orjuela Gómez** quien la pidió, por el contrario, “...lo supone o más exactamente lo considera” por lo que concluye que la testigo no tiene seguridad de quien la requirió, lo que en su entender resulta “curioso” pues considera que se trata de un caso “conocido en Arauca”.

Conforme lo expuesto sostuvo que la declaración de la señora **Clavijo** no permite establecer con certeza de que el señor **Pedro Orjuela** fue quien solicitó la certificación y agregó que si así fuere “...ello no remplazaría nunca una notificación”.

Destacó que, incluso “advertida la falencia procesal” el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca notificó al demandado **Pedro Orjuela Gómez** de la sentencia proferida el 7 de febrero de 1996, quien mediante apoderado procedió a recurrirla vía apelación, que fue concedido en efecto suspensivo, por lo que el expediente fue remitido inicialmente al Tribunal Superior del Arauca y este a su vez, lo envió por competencia a la Corte Suprema de Justicia.

A manera de colofón sostuvo que las pruebas obrantes en el plenario no permiten establecer que la sentencia penal condenatoria proferida contra el señor **Orjuela Gómez** le fue notificada, por el contrario se probó que el proceso penal se encuentra en la Corte Suprema de Justicia a la espera de que se decida la apelación interpuesta contra el fallo “...dando como consecuencia la inexistencia de la causal invocada para impetrar la demanda de nulidad de la elección...”.

Finalmente, el apoderado del demandado concluyó sus alegaciones afirmando que su presentado aún **no está condenado penalmente, pues la sentencia proferida en su contra no está en firme** ni ejecutoriada y que el Juzgado haya comunicado a las autoridades competentes la condena impuesta solo se trata de un error adicional que se suma a la omisión de la notificación del fallo, pues se insiste, informó una condena impuesta en un fallo indebidamente notificado y que incluso actualmente no está en firme, pues como antes se precisó se encuentra en la Corte Suprema de Justicia a la espera de que se resuelva la apelación de la sentencia. En consecuencia, solicitó que se denegaran las pretensiones de la presente acción de nulidad electoral (fls. 1151 al 1167).

4.3. Del demandante Arturo Ávila Leguizamón

Para comenzar con sus alegatos de conclusión mencionó que el problema jurídico a resolver en el presente caso era establecer si la sentencia penal condenatoria del 7 de febrero de 1996 fue notificada al señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** y, en consecuencia, se encuentra ejecutoriada, pretende tenga la virtud de configurar la causal de inhabilidad en la que se funda la demanda de nulidad del acto que declaró su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

En este sentido afirmó que la demanda electoral se fundó principalmente en el Oficio No. S 2013-742821/ARIJ-GRUCI-38.10 del 9 de diciembre proferido por la Dirección de Investigación Criminal e Interpol según el cual:

“ORJUELA GÓMEZ PEDRO JESÚS, con cédula de ciudadanía 17585412, Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca (Arauca), en oficio 1045 del 27 de julio de 1999, comunica condena con comprobación, en oficio 1045 del 27/07/99 declaró extinción de la pena de 1 año de prisión condenado el 7/02/96, conoció fiscal 26 delegada mediante radicado 5392. Por porte ilegal de armas”.

De lo anterior concluyó que la afirmación de “**extinción de la pena**” indica inequívocamente que la sentencia penal condenatoria estaba ejecutoriada “**obviamente previa notificación**” no solo porque se comunicó el 27 de julio de 1999 –tres años y casi seis meses después de haberse dictado el fallo– sino porque la aplicación de la extinción de la pena como requisito *sine qua non* requiere “...que material y jurídicamente exista pena impuesta con el lleno de los requisitos al efecto establecidos para que la decisión judicial alcance o cobre firmeza, pues por principio se sabe que solo se extingue lo que formalmente existe, máxime si la causal tenida en cuenta es la de ‘cumplimiento del periodo de prueba’ (...) que no es otro que la concesión de la condena de ejecución condicional, por un periodo de dos años, ordenado en el numeral tercero de la resolutive de la sentencia condenatoria”.

En su criterio, del contenido del Oficio 1045 del 27 de julio de 1999 del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca

—que no fue tachado de falso por la parte contraria—, de las comunicaciones enviadas por este mismo Despacho Judicial reportando la condena impuesta, de los antecedentes penales del demandado, de la declaración de Sandra Avendaño, Secretaria del citado Juzgado y por supuesto de la sentencia penal **resulta claro que el demandado está condenado penalmente**.

Precisó además que, de conformidad con la declaración rendida por la señora **Blanca Clavijo** se comprueba que la certificación proferida el 4 de agosto de 1997 por el Juzgado, fue atendiendo la solicitud del señor **Pedro Jesús Orjuela** “... *lo que demuestra, sin ambages, contrario sensu a lo sostenido por el demandado en la contestación de la demanda y en la versión rendida ante el Consejo Nacional Electoral que sí tenía cabal conocimiento que en su contra había proferido sentencia condenatoria y no que desconocía este hecho como habilidosamente se quiere hacer ver*”.

En lo siguiente, hizo énfasis en que en el expediente 2014-00031-00 el demandado omitió contestar la demanda y su reforma. Asimismo, precisó que en el curso de las audiencias inicial y de pruebas no tachó de falsos ni controvertió los documentos aportados como pruebas.

En lo referente a los argumentos de defensa esbozados por el apoderado del demandado destacó que, uno de ellos se funda en una decisión “... *oficiosa de cúmplase, abiertamente ilegal, por absoluta falta de competencia*” dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca en la cual se ordena notificar personalmente la sentencia penal condenatoria proferida “... *18 años antes por un despacho judicial diferente, con el único propósito descarado y torpe de ordenar la notificación personal para que el afectado con la decisión accediera a la segunda instancia*”.

Respecto de esa providencia judicial expuso que se trata de una decisión “*amañada*” del Juzgado dictada en “... *posición de litigante en defensa de los intereses del procesado y no la de administrar rectamente justicia*”.

Advirtió que, el mencionado Juez Primero Penal del Circuito de Arauca adoptó la decisión muy a pesar de que en el expediente penal no existía copia de la sentencia condenatoria, según expresa constancia registrada por el Agente del Ministerio Público que practicó visita especial al proceso.

Afirmó que en el cuaderno de copias del proceso penal obra copia del fallo condenatorio y constan las notificaciones personales del Ministerio Público, el Fiscal 26 y del Defensor, lo que en su criterio significa “... *que en la mutilación de que también fue objeto, por razones extrañas, se salvó este pronunciamiento, dado que como actuaciones posteriores, se sustrajeron, entre otros, el multicitado Oficio 1045 y la certificación de la condena impuesta al demandado, obrantes al proceso, expedidas del prontuario 333786 que reposa en la Jefatura Operativa de Información Criminal de la Policía Nacional*”.

Insistió que el cuaderno original del proceso penal no existe actuación alguna con posterioridad a la audiencia pública en la que se dictó el fallo condenatorio, a pesar de la probada existencia del Oficio 1045 del 27 de julio de 1999 y la certificación de la condena impuesta proferida por el Juzgado el 4 de agosto de 1997 que fueron remitidas al presente proceso.

Asimismo, destacó que en un primer momento, cuando los Delegados del Registrador Nacional solicitaron al Juez Primero Penal del Circuito de Arauca una certificación y unas copias del proceso penal adelantado contra el señor Orjuela Gómez, se declaró incompetente para resolver porque “... *en su Despacho no cursaba el referido expediente y haber establecido que los archivos se encontraban en custodia de la Oficina de Apoyo Judicial a donde remitió la solicitud*”; sin embargo, el 19 de diciembre de 2013 “*decide darle cumplimiento*” y, posteriormente, dos días hábiles después, es decir el 13 de enero de 2014 “... *se ordena por Secretaría notificar personalmente la sentencia condenatoria al demandado*”.

Las anteriores actuaciones, en su criterio, evidencian la “... *sospechosa acuciosidad y extremada celeridad del juzgado, en beneficio exclusivo del accionado, preconfigurándole los elementos defensivos para enfrentar la solicitud de revocatoria directa de inscripción, con el argumento que la sentencia condenatoria no gozaba de firmeza al encontrarse en trámite el recurso de apelación contra ella interpuesta*”. Afirmó que incluso de las que denomina “*actuaciones sospechosas*” surtidas en favor del señor **Orjuela Gómez**, participó también la Oficina de Apoyo Judicial de Arauca, como se demostró en el curso de la actuación administrativa de revocatoria de la inscripción adelantada en el CNE.

Al retomar el tema relacionado con que el expediente penal no estaba completo destacó que el hecho de la existencia de la copia de la notificación de la sentencia condenatoria al procesado “... *no es inexorablemente indicativa que se hubiere omitido con el cumplimiento del derecho que a él le asistía, pues no necesariamente tenía que estar en ese lugar y es obvio que la notificación por edicto tenía que aparecer en folio separado, lo que explica la sustracción dolosa de las actuaciones posteriores*...”.

Afirmó que a pesar de lo anterior, el demandado no contaba con el hecho que apareciera el mencionado Oficio 1045 y la certificación de la condena impuesta, situación que “... *pone al desnudo el móvil y oportunidad que guió al demandado para que con la confabulación de la Oficina de Apoyo Judicial y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, sustrajeran las actuaciones que evidenciaban que la sentencia condenatoria había sido formalmente notificada*”.

Sumado a lo anterior, sostuvo que los siguientes hechos resultan “*indicadores*”, de conformidad con los artículos 240 y 242 del C. G. P., la sentencia penal dictada en contra del demandado fue debidamente notificada y está ejecutoriada dada la existencia: **a)** del fallo penal condenatorio del 7 de febrero de 1996, cuyas

copias se aportaron al expediente y no fueron controvertidas o tachadas de falsas, “... de lo que se infiere lógicamente que se encuentra notificada o ejecutoriada”; **b)** de la certificación del 4 de agosto de 1997 que da cuenta de la condena impuesta y del Oficio 1045 del 27 de julio de 1999 que declaró la extinción de la pena por cumplimiento del periodo de prueba, por tratarse de documentos que no solo fueron del conocimiento del demandado sino que, además, fue el destinatario de los mismos; **c)** del telegrama enviado por el Grupo Pronuario de DAS al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, solicitando información de cumplimiento de la pena a efectos de cancelar antecedentes penales; **d)** de la Resolución No. 0745 del 18 de julio de 2000 proferida por el DAS por medio de la cual se ordenó la cancelación de registro de antecedentes; **e)** la “...sustracción de actuaciones en el proceso penal (...) con el único propósito de desaparecer la prueba irrefutable y directa de notificación y ejecutoria”; **f)** “... la sospechosa solicitud de copias del demandado de las últimas actuaciones del proceso penal lo comprometen gravemente, pues con antelación sabía con certeza que allí no se encontrarían ya que dolosamente habían sido sustraídas y por lo tanto la constancia en ese sentido era elemento clave para que no prosperara la revocatoria de la inscripción”; y **g)** la pasividad del demandado que por más de 18 años y a pesar de tener conocimiento de “... la extinción de la pena, de la cancelación de los antecedentes” penales, no realizó gestión alguna para sanear la presunta falta de notificación de la sentencia penal condenatoria proferida en su contra.

Concluye la parte actora que las anteriores circunstancias y pruebas relacionadas resultan suficientes para corroborar y ratificar el “*hecho indicado*” de la notificación y ejecutoria de la sentencia condenatoria proferida contra el señor **Orjuela Gómez**.

Señaló que por su parte el demandado funda su defensa **i)** en demostrar la vulneración a los principios de publicidad, doble instancia y debido proceso “... apoyándose para tal efecto en el *auto de cúmplase, sin fecha, proferido oficiosamente y sin competencia por el Juez Primero Penal del Circuito de Arauca, ordenando a la Secretaría notificar personalmente, después de 18 años, la sentencia condenatoria en contra del accionado, dándole así la fraudulenta oportunidad de recurrirla*” **ii)** en que la sentencia penal condenatoria no le fue notificada y, en consecuencia, no está ejecutoriada y; **iii)** en la interposición que presentó el 27 de enero de 2014 contra el fallo penal, su concesión y que en la actualidad está a la espera de decisión en la Corte Suprema de Justicia.

Con fundamento en lo expuesto solicitó acceder a las súplicas de la demanda y la “... aplicación jurisprudencial de la regla de exclusión de pruebas” en relación con el auto del proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca que ordenó notificar al demandado del fallo condenatorio penal, pues considera que se profirió vulnerando el derecho al debido proceso porque se dictó sin competencia y de cúmplase (fs. 1168 al 1208).

4.4. Del impugnador Víctor Velásquez Reyes

Precisó que la sentencia penal proferida contra el señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** no está en firme, consecuencia de la apelación que se tramita ante la Corte Suprema de Justicia.

Relató que contra el demandado cursa acción de pérdida de investidura, proceso en el cual se solicitó como prueba copia del expediente penal que cursa en la Corte Suprema de Justicia, que en sede del proceso electoral pidió que se decretara la suspensión del proceso. En lo siguiente expuso las actuaciones surtidas en el proceso penal, con la finalidad de demostrar que, en efecto, **el fallo que impuso la condena penal, no está ejecutoriado**, toda vez que el procesado no se le notificó dicha decisión de manera personal y tampoco por edicto, como también se advirtió de las demás pruebas allegadas al plenario del proceso electoral, a manera de ejemplo señaló que de la visita especial realizada al proceso penal por el Procurador 205 Judicial I registro que “...no aparece constancia de notificación personal del procesado, ni personal ni por edicto, como constancia de ejecutoria de la sentencia...”.

Razones en las que, según su dicho, en su oportunidad el CNE fundó su decisión de negar la solicitud de revocatoria de la inscripción del demandado como candidato del partido Liberal a la Cámara de Representantes por el departamento de Arauca, para las elecciones de 2014.

Asimismo, sostuvo que el señor **Orjuela Gómez** después de dictada la sentencia penal, fue elegido Concejal del municipio de Arauca y en tres oportunidades Diputado de la Asamblea Departamental de Arauca, además, en los Certificados Especiales de la Procuraduría General de la Nación “*no figuró ni figura*” la sentencia penal en comentario, como tampoco en los Certificados Judiciales expedidos por el DAS y ahora por la Policía Nacional.

Por otra parte afirmó que, incluso el proceso penal adelantado contra el demandado estaba “*contaminado de conductas antijurídicas por parte del Juez*” ya que no declaró la cesación del procedimiento a pesar de que el delito por el cual era investigado tenía una condena máxima de 4 años y su prescripción era de cinco años, siendo así que, cuando se realizó la audiencia pública de juzgamiento el 7 de febrero de 1996 ya se había configurado la prescripción pues los hechos motivo de investigación datan del 14 de septiembre de 1988. Sumado lo anterior, como ya se expuso, la sentencia condenatoria se le notificó al ahora demandado solo hasta el 20 de enero de 2014, luego de lo cual se presentó el respectivo recurso de apelación.

En razón de lo manifestado, afirmó que en este caso se debe aplicar la figura jurídica de “*presunción de inocencia a favor del demandado*”, que fundó en la sentencia C-252 de 2001 de la Corte Constitucional, debido a que no existe prueba cierta que demuestre que la sentencia penal condenatoria proferida contra el señor Orjuela Gómez se haya dictado en cumplimiento de los requisitos formales legalmente exigidos. Además, solicitó

que se decreta la suspensión del proceso electoral o, en su defecto, denegar las suplicas de la demanda. (fls. 1209 al 1213).

4.5. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

Por conducto de su apoderado, solicitó la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva. Para el efecto, señaló que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida por el CNE y los Movimientos Sociales y Grupos Significativos de Ciudadanos podrán inscribir candidatos.

Al respecto, adujo que entre las funciones asignadas al Registrador Nacional se encuentra la de verificar el cumplimiento de los requisitos para la inscripción de las candidaturas de conformidad con el art. 32 de la Ley 1475 de 2011. A su vez precisó que no puede conocer o determinar si una persona está inhabilitada por ser competencia de la Procuraduría General de la Nación.

Así las cosas y luego de transcribir el artículo 5º del Decreto 1010 de 2000 –funciones de la Registraduría– manifestó que solo le compete organizar las elecciones y los diferentes mecanismos de participación, por lo que concluyó que no es sujeto procesal que deba responder en la presente acción de nulidad electoral, porque de los hechos esbozados en la demanda ninguno tiene relación con esta entidad. Además, precisó que incluso en sede administrativa es el CNE a quien le corresponde conocer y decidir los recursos que se interpongan contra los escrutinios generales y en aquellos casos declarar la elección y expedir las credenciales.

Por lo anterior, sostuvo que en caso de acceder a las pretensiones de la demanda la Registraduría se encontraría en una imposibilidad jurídica de cumplimiento de fallo al no ser la entidad que profiere el acto demandado (fls. 1214 al 1219).

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó negar las pretensiones de la demanda y rindió su concepto en los siguientes términos:

“1. Antecedente penal válido para reputar la causal de nulidad electoral basada en la inhabilidad del artículo 179-1 de la Carta Política”

Advirtió el Agente del Ministerio Público que la única causal de nulidad objeto de estudio, expuesta en las demandas acumuladas, es la establecida en el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política fundada en que el señor **Orjuela Gómez** fue condenado, previo a la inscripción de su candidatura, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad por el delito de porte ilegal de armas. Al respecto, el apoderado del demandado sostiene que dicho fallo penal no está ejecutoriado porque no le fue notificado.

En este sentido, preciso que el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política posee los siguientes elementos configurativos de la causal de inelegibilidad, los cuales deben

presentarse a plenitud: **i)** que se trate de elección de congresista; **ii)** que el sujeto haya sido condenado penalmente; **iii)** que la sentencia le imponga pena privativa de la libertad; **iv)** que no se trate de delitos políticos o culposos; es decir, solamente dolosos y; **v)** que la sentencia penal se haya proferido en cualquier época.

Para efectos de establecer si en el presente caso se estructura la inhabilidad alegada por la parte actora, el agente propone el siguiente silogismo jurídico “...no puede ser elegido congresista quien haya sido condenado en cualquier época por la comisión de un delito doloso (premisa mayor); que el señor Pedro Jesús Orjuela Gómez fue condenado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Arauca mediante sentencia de 7 de febrero de 1996 a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término e incautación definitiva del arma de fuego (...) (premisa menor); luego entonces, conforme a lo anterior no podía ser elegido como representante a la Cámara, pues se encuentra inhabilitado para ello (conclusión)”.

A pesar de lo anterior, precisó que el silogismo planteado no opera de manera irrestricta pues el demandado alega que la referida sentencia penal no le fue notificada y no está ejecutoriada, lo que obliga a abordar cada uno de los elementos que configuran la inhabilidad propuesta en la demanda. Según su dicho, está probado que:

a) El demandado fue elegido Representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

b) Fue condenado penalmente mediante fallo del 7 de febrero de 1996 proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca por el delito de porte ilegal de armas; sin embargo, el apoderado del demandado alega que no le fue notificado y, en consecuencia, no está ejecutoriado. Respecto de lo cual la agencia considera necesario determinar “...desde qué momento puede decirse que hay condena judicial o, lo que es lo mismo, si al estudiar este requisito es indispensable averiguar cuál es el momento a partir del cual se puede afirmar que una persona fue condenada judicialmente”.

En lo concerniente al tema en estudio advirtió que el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, Decreto 2700 de 1991, disponía que “...únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales definitivas tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales, en todos los órdenes legales”, la cual se encuentra en el actual ordenamiento procesal penal, artículo 7º según el cual “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

Con apoyo en la sentencia C-252 de 2001 afirmó que una persona solo puede considerarse condenada judicialmente cuando existe sentencia definitiva o ejecutoriada que le impute responsabilidad penal.

Sumado a lo anterior precisó que de conformidad con el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, que regía para la época de los hechos investigados penalmente, *“las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes”*. Asimismo, los artículos 186 y s.s. de la misma codificación señalaban que *“...cuando el sindicado se encontrare privado de la libertad, este debía ser notificado personalmente; en los demás casos, es decir, cuando no estuviere privado de la libertad se haría personalmente en la secretaría de Despacho, y de no ser posible, se haría por estado que se fijaría tres días después, contados a partir de la fecha en la que se haya realizado la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente”*.

Resaltó que en materia penal la notificación de las providencias tiene importante relevancia por tener la virtualidad *“...de afectar los derechos a la libertad personal y la presunción de inocencia”*. Mencionó que este tema fue tratado por la Corte Constitucional en la sentencia C-648-2001, providencia en la que también se dijo que siempre *“...debe realizarse la notificación tanto al apoderado del sindicato como a este...”*.

En virtud de lo anterior, arribó a la conclusión que en casos como el presente *“...donde el sindicado no se encuentra privado de la libertad, aun teniendo defensor de confianza, el fallo condenatorio debe serle notificado a este personalmente y, en caso de no ser posible, se ordena o posibilita su notificación por medio de estado (...) pues una cosa es la defensa técnica y otra muy diferente es la material, las cuales no pueden confundirse ni siquiera para efectos de notificación”*.

Ya arribando a la acción electoral objeto de estudio reiteró que el demandado fue condenado penalmente el 7 de febrero de 1996 a pena principal privativa de la libertad de un año, por el delito de porte ilegal de armas. Fallo que tiene constancia de notificación personal al Agente del Ministerio Público, al defensor del sindicado y al Fiscal 26, como lo demuestra el folio final de la sentencia penal y el acta de la visita especial realizada por el Procurador 205 Judicial Penal I, lo que a su vez evidencia que no aparecen constancias de notificación al procesado ni personal ni por estado, como tampoco constancia de ejecutoria de la sentencia, lo que también se constató de la constancia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca y del auto dictado por este mismo Despacho Judicial el 15 de enero de 2014.

Quiere decir lo anterior que, **no existe en el plenario constancia de notificación personal al demandado de la sentencia que lo condena, pero sí, pruebas que demuestran lo contrario**, adicional a la certificación y al auto ya mencionados, se tiene el recurso de apelación presentado contra el fallo penal el 27 de enero de 2014, la providencia que concedió el recurso del 12 de febrero del mismo año, el auto de 12 de noviembre de 2014 del Tribunal Superior de Arauca que remitió por competencia el proceso a la Corte Suprema de Justicia.

De la anterior argumentación la Agencia Delegada concluyó que la sentencia penal condenatoria dictada contra **Pedro Jesús Orjuela Gómez** no le había sido notificada personalmente y tampoco por estado, **razón por la cual no está ejecutoriada**, por el contrario se demostró que la Corte Suprema de Justicia en la actualidad conoce del recurso de apelación interpuesto por el demandado, luego de surtida la respectiva notificación. Razón por la cual y de conformidad con lo dicho por la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 21 de julio de 2005⁹, se tiene que en este caso **no existe sentencia penal en firme o ejecutoriada que inhabilite al demandado**.

Sin perjuicio de lo anterior enlistó unas pruebas de las que manifestó que *“...pareciere observarse que el aquí demandado se le decretó la extinción de la pena (...) lo cierto es que ellos son contradictorios en cuanto al número de cédula del condenado, la que no es legible claramente del oficio que lo comunica y; de ellos no se puede establecer claramente que la sentencia ha sido notificada en debida forma y que por ende se encuentre debidamente ejecutoriada por cuanto el condenado no interpuso el recurso de apelación...”*.

2. La notificación y ejecutoria como factores de existencia, validez o eficacia para predicar el supuesto de la inhabilidad del artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política”

En este sentido, precisó que el demandante **Arturo Ávila considera que la sentencia penal está ejecutoriada**, lo cual basa en el Oficio No. 1045 de 27 de julio de 1999 que le remitió a la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Dijín que hace referencia a la extinción de la pena.

Al respecto, como antes se dijo, el Agente del Ministerio Público advirtió que el oficio no da certeza del número de la cédula del condenado pues no es legible y no permite establecer la ejecutoria de la sentencia penal, como tampoco que haya sido legalmente notificada. Reiteró que si se quiere el oficio en mención puede dar cuenta de la extinción de la pena pero no de la constancia de ejecutoria del fallo y menos de su debida notificación al condenado. Por el contrario insistió que en el plenario obra prueba de que *“...en la actualidad se corrigió este yerro y la sentencia se encuentra surtiendo el recurso de apelación interpuesto, es decir no se encuentra ejecutoriada”*.

Como fundamento de lo anterior, insistió en que no bastaba notificar al apoderado, sino que resulta obligatorio proceder de igual manera respecto del condenado, de conformidad con los artículos 189 y 190 del Decreto 2700 de 1991.

3. “La prescripción de la acción penal y las supuestas irregularidades en el proceso penal que cursó contra el señor Pedro Orjuela Gómez”

⁹ Exp. 2003-02550-01, actor: Alfredo Barajas Quintero, demandado: Concejal de Piedecuesta, C. P. doctor: Darío Quiñonez Pinilla.

Afirmó que la Consejera Ponente en la audiencia inicial manifestó que se trata de un argumento planteado por el coadyuvante, respecto del cual no se pronunció ni la parte demandante ni el demandado, pero que sí sería objeto de pronunciamiento de la sentencia que resolviera de fondo la controversia suscitada en sede de la acción de nulidad electoral.

Sin embargo, el Procurador Delegado manifestó que no se pronunciaría al respecto porque este tema no resulta de competencia del Juez de lo Contencioso, por ser del resorte de los Jueces Penales, como en su momento lo hará la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (fls. 1220-1230).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Acto demandado

Se trata del Formulario E-26 CAM, únicamente en lo relacionado con el acto declaratorio de la elección del señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca.

2. Problema jurídico

De la fijación del litigio, el asunto a decidir es: “...determinar si el acto de elección del señor **PEDRO JESÚS ORJUELA GÓMEZ**, como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca, para el período 2014-2018 contenido en el E-26CAM, es nulo por elegir al candidato incurso en la causal de inhabilidad, prevista en el artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política, relacionada con la existencia de sentencia penal condenatoria en contra y siguiendo los derroteros temáticos ya planteados.

Todo lo anterior bajo las causales de nulidad electoral del artículo 275 numeral 5 del CPACA, en armonía con el artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política”.

Los derroteros a los que se aludió para la fijación del delito, en la citada audiencia, son: 1. “Antecedente penal válido para reputar la causal de nulidad electoral basada en la inhabilidad del artículo 179 numeral 1 de la C. P.”; 2. “La notificación y ejecutoria como factores de existencia, validez o eficacia para predicar el supuesto de la inhabilidad del artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política” y; 3. “La prescripción de la acción penal y las supuestas irregularidades en el proceso penal que cursó contra el señor Pedro Orjuela Gómez”. En este mismo orden se abordarán en la presente sentencia a fin de resolver el problema jurídico planteado.

1. “Antecedente penal válido para reputar la causal de nulidad electoral basada en la inhabilidad del artículo 179 numeral 1 de la C. P.”.

Afirman los demandados que el señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** está incurso en la causal de inhabilidad del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política, que dice:

“**Artículo 179.** No podrán ser congresistas:

1. *Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”.*

Lo anterior con ocasión de que mediante sentencia penal dictada por el **Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca** se resolvió:

“**Primero.** Proferir sentencia condenatoria en contra de **PEDRO JESÚS ORJUELA GÓMEZ**, como autor responsable del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Segundo. Condenar a **PEDRO JESÚS ORJUELA GÓMEZ** a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término e incautación definitiva del arma de fuego marca Smith Wesson, calibre 357.

Tercero.- Conceder a **PEDRO JESÚS ORJUELA GÓMEZ** el derecho a la **CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL** por el término de dos años, para lo cual deberá constituir caución en cuantía de **CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$50.000.00)** mediante consignación en la cuenta de depósitos judiciales que este Juzgado tiene en el Banco Popular de la ciudad y suscribir diligencia de compromiso cuyo incumplimiento acarreará la pérdida del beneficio y la consiguiente ejecución de la condena.

Cuarto. CANCELÉNSE las órdenes de captura vigentes.

Quinto. Dese cumplimiento a lo dispuesto en el art. 501 del C. P. P., compulsando copias de esta sentencia a las autoridades respectivas”.

Al respecto, el demandado sostiene que, en su oportunidad, no fue notificado, en calidad de condenado del anterior fallo.

De acuerdo con lo anterior la Sala considera pertinente exponer los elementos configurativos de la inhabilidad objeto de estudio y las pruebas que al respecto obran en el plenario.

1.1. Elementos configurativos de la inhabilidad contenida en el numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política

En este sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 5 de junio de 2001¹⁰, concluyó que: “...se estructura a partir de los siguientes elementos: **a)** que el congresista haya sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, en cualquier época y **b)** que la condena no le haya sido impuesta por delitos políticos o culposos”

10 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Reinaldo Chavarró Buriticá, sentencia del 5 de junio de 2001, radicación No. AC-11861.

Está probado que: 1. El demandado tiene la calidad de congresista, según se advierte del formulario por el cual se declaró su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Arauca; 2. Desde el 7 de febrero de 1996 se dictó sentencia judicial condenatoria en su contra por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca, por el delito de porte ilegal de armas dictada, que no resulta ni culposo y tampoco político, como consta en la copia allegada al plenario.

2. “La notificación y ejecutoria como factores de existencia, validez o eficacia para predicar el supuesto de la inhabilidad del artículo 179 numeral 1 de la Constitución Política”

A pesar de lo dicho, no puede desconocer la Sala que el demandado arguye que **el mencionado fallo penal no le fue notificado en calidad de condenado**, lo que hace obligatorio establecer las características que debe tener la sentencia penal en la que se argumente la solicitud de nulidad del acto declaratorio de su elección.

Al respecto de las características que debe tener la **sentencia judicial**, en la que se funde la inhabilidad objeto de estudio, la Sala Plena del Consejo de Estado, en fallo del 4 de septiembre de 2001¹¹, advirtió que la misma debería estar **ejecutoriada**, afirmación que sustentó en que:

*“... la Corte Constitucional al declarar inexecutable la disposición contenida en artículo 5º de la Ley 144 de 1994, que exigía, entre otros, para el evento de esta causal de haber sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, acompañar con la solicitud copia auténtica de la **sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada y constancia de que se encuentra vigente y no extinguida judicialmente**, advirtió que:*

*‘Se trata de una circunstancia que se traduce en la **inelegibilidad de la persona en la cual concurre, según lo dispone el artículo 179, numeral 1, de la Constitución Política. Si se presenta y, pese a ello, se produce la elección, puede demandarse la nulidad de esta pero igualmente se configura una de las modalidades de la primera causal de pérdida de la investidura (artículo 183 C. P.), consistente en la violación del régimen de inhabilidades consagrado en la Carta para los congresistas.***

*Claro está, dentro de tal régimen se encuentra la **disposición contenida en el artículo 179, numeral 1, pues la **inelegibilidad de que se habla es también una inhabilidad, toda vez que impide la elección.*****

Desde luego, la prueba de la violación en tal caso no puede ser otra que la sentencia condenatoria definitiva, debidamente ejecutoriada, según lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución.

*Pero, de todas maneras, la referencia a la situación en comento es también inconstitucional toda vez que el requisito de acreditar que la sentencia condenatoria ‘se encuentre vigente y no extinguida judicialmente’. Con ello se desconoce la norma del nombrado artículo 179-1 de la Carta, que consagra la **inelegibilidad sin importar la época en la cual se hubiere proferido la sentencia condenatoria, ya que, de admitirse el requisito legal bajo examen, la pérdida de la investidura no procedería cuando se tratara de una sentencia plenamente cumplida y, por lo tanto, carente de vigencia actual o ‘extinguida judicialmente’ Sentencia C-247 de 1995”** (Subrayas y negrilla fuera de texto).*

Como ya se precisó sostiene la parte actora la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política, que de resultar cierta impediría que el demandado pueda seguir ejerciendo el cargo de Representante a la Cámara, dada la condena judicial a pena privativa de la libertad que le fue impuesta, por delito distinto a los políticos o culposos. Por su parte, el antecedente, antes transcrito, señala que **la sentencia penal, para que estructure la inhabilidad en mención, debe estar ejecutoriada, situación que impone a la Sala establecer si este último requisito se cumple en el presente caso.**

De las pruebas obrantes en el plenario y, en especial de la copia del expediente penal, en el que se profirió la sentencia penal en la que resultó condenado el demandado **Pedro Jesús Orjuela Gómez**, allegado por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– se tiene que:

En efecto, el 7 de febrero de 1996 el **Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca** dictó sentencia¹² contra el demandado **Orjuela Gómez** por haber incurrido en el delito de porte ilegal de armas y lo condenó a pena principal de un (1) año de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y la incautación del arma. Conviene precisar que en la copia que se allegó obra constancia de las notificaciones realizadas, al Agente del Ministerio Público, al Fiscal 26 y al apoderado del señor **Orjuela Gómez**.

Respecto del tema relacionado con las notificaciones de la sentencia penal resulta pertinente precisar que el expediente penal fue objeto de visita especial efectuada por el Procurador Judicial 205 Judicial Penal I, el 13 de enero de 2014 por solicitud del Juez Primero Penal del Circuito de Arauca, que en acta dejó la siguiente constancia:

11 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Juan Ángel Palacio Hincapié, sentencia del 4 de septiembre de 2001, radicación No. 11001-03-15-000-2001-0098-01.

12 Folios 530 al 535 del cuaderno 1A.

“Encontramos que el expediente del proceso lo componen dos (2) cuadernos, uno (1) original y uno (1) de copias (...) los que, en razón del tiempo, se encuentran en regular estado de conservación, dejándose constancia que las últimas actuaciones que a ellos aparecen son el acta de audiencia pública, de fecha 17 de agosto de 1995, obrante a folios 165 a 167 del cuaderno original y la sentencia, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Arauca (...) con constancia de que a folio 134 vuelto aparecen unas notificaciones personales a los sujetos procesales, Dr. Ariel Díaz Baena Agente del Ministerio Público; Dr. Álvaro Calderón A., Defensor y el Fiscal 26, según se puede leer. No aparecen constancias de notificación del procesado, ni personal ni por edicto, como constancia de ejecutoria de la sentencia antes reseñada”. (Subrayas y negrilla fuera de texto) (fl. 548 y adverso del cuaderno 1A).

Asimismo, el 14 de enero de 2014 el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca, por solicitud del apoderado judicial del demandado **Pedro Jesús Orjuela**, certificó, entre otras actuaciones:

“Que el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de [Arauca] el día siete de febrero de 1995 [en realidad es 1996] profiere sentencia condenatoria en contra de Pedro Jesús Orjuela Gómez como autor responsable del delito porte ilegal de armas de fuego de uso personal, condenándolo a la pena principal de un año de prisión, la providencia se notificó al Ministerio Público, a la Fiscalía y al señor Defensor.

Que revisado el expediente no se encontró notificación al señor procesado y no obra constancia de ejecutoria de la providencia”. (Subrayas y negrilla fuera de texto) (fl. 552 adverso del cuaderno 1A).

Además de lo anterior, dejó constancia de la visita especial realizada al proceso penal por parte del Agente del Ministerio Público - Procurador 205 Judicial Penal I.

Acto seguido el apoderado del señor **Pedro Jesús Orjuela**, mediante escrito y con ocasión de no haberse notificado la sentencia penal condenatoria a su poderdante **solicitó que se ordene su notificación o, en su defecto, manifestó que apelaba el mentado fallo**.

En razón de lo anterior el Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca **ordenó** “...que por **SECRETARÍA** se proceda a notificársele personalmente la sentencia del día siete (07) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996), proferida en su contra, mediante comunicación que se enviará a la última dirección que de él se conoce en virtud de esta actuación”.

Como fundamento de su decisión el citado Juzgado expuso que:

“...de conformidad con el artículo 178¹³ de la Ley 600 del 2000¹⁴, las notificaciones se hacen de manera personal al procesado que se encuentra privado de la libertad, al Fiscal y al Ministerio Público, pero cuando el sindicado no estuviere detenido se notificará personalmente si se presenta en la Secretaría del Despacho dentro de los tres días siguientes a la fecha de providencia; pasado ese término se notificará por edicto a los sujetos procesales que no fueron enterados en forma personal, conforme lo dispone el Art. 180¹⁵ ibídem. En este caso se observa, la sentencia fue notificada personalmente al fiscal, al representante del Ministerio Público y al defensor de oficio que le fue asignado; al procesado no se le envió comunicación para notificación personal, no se le notificó por edicto y no hay constancia de ejecutoria del fallo, irregularidad procesal que vulnera el derecho a la defensa material y el debido proceso al procesado y se estructura un error procedimental que determina la imposibilidad de acceder a la segunda instancia, se trata de una irregularidad procesal que afecta los derechos fundamentales del procesado...”. (Subrayas y negrilla fuera de texto) (fl. 556 del cuaderno 1A).

En razón de la anterior decisión el señor **Pedro Jesús Orjuela Gómez** fue notificado del fallo penal condenatoria del 7 de febrero de 1996, el 20 de enero de 2014, diligencia en la cual anticipó que la apelaría, como en efecto corrió el 27 de enero de 2014 (según consta a folios 557 al 560 del cuaderno 1A).

13 Artículo 178. Personal. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Las notificaciones al sindicado que se encuentre privado de la libertad, al Fiscal General de la Nación o su delegado cuando actúen como sujetos procesales y al Ministerio Público se harán en forma personal.

Las notificaciones al sindicado que no estuviere detenido y a los demás sujetos procesales se harán personalmente si se presentaren en la secretaría dentro de los tres (3) días siguientes al de la fecha de la providencia, pasado ese término se notificará por estado a los sujetos procesales que no fueron enterados en forma personal.

La notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que esta lo haga.

14 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

15 Artículo 180. Por Edicto. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> La sentencia se notificará por edicto, si no fuere posible su notificación personal dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. El edicto deberá contener:

1. La palabra edicto en su parte superior.

2. La determinación del proceso de que se trata, del procesado y del sujeto pasivo si estuviere determinado, la fecha de la sentencia y la firma del secretario.

El edicto se fijará en lugar visible de la Secretaría por tres (3) días y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas.

La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Acto seguido, por auto del 12 de febrero de 2014, se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Arauca.

Según acta de reparto del 12 de febrero de 2014¹ el mencionado recurso de apelación correspondió al Despacho de la Magistrada doctora **Matilde Lemos San Martín** del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca. Despacho judicial que dispuso el decreto de diferentes pruebas tendientes a “...*verificar el cumplimiento del trámite de notificación y ejecutoria de la sentencia de fecha febrero 7 de 1996, proferida por la entonces Juez Primero Promiscuo del Circuito de Arauca*”.

Posteriormente, el 12 de noviembre de 2014, en auto dictado por la Sala, **declaró que ese Tribunal no era competente para resolver la alzada** propuesta por el apoderado del señor **Orjuela Gómez** ya que, dada su calidad de Representante a la Cámara por el departamento de Arauca, **la misma corresponde a la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–**.

Finalmente, como lo certificó la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el proceso² correspondió al Despacho de la doctora **María del Rosario González Muñoz** “...*encontrándose pendiente de recaudar la información solicitada mediante auto del 16 de diciembre de último con el fin de proceder a tomar la decisión que en derecho corresponda*” (fl. 530 del cuaderno 1A).

El recuento de las anteriores actuaciones surtidas en el proceso penal evidencian de manera más que clara **que en la actualidad no existe constancia de ejecutoria del fallo penal** proferido contra del demandado, por el contrario está demostrado que el mismo está en la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– a la espera de que se resuelva el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial del señor Orjuela Gómez, situación que es adjudicable a la presunta falta de notificación al condenado.

Por lo anterior, en este momento, **no están cumplidos**, en su totalidad, **los requisitos exigidos para la configuración de la causal de inhabilidad propuesta por la parte actora**, en el proceso electoral objeto de estudio por parte de la Sala, **pues como antes se precisó**, con el debido sustento jurisprudencial, **para que se estructure la causal del numeral 1 del artículo 179 de la Constitución Política se requiere, además de las exigencias ya descritas, que la sentencia judicial esté ejecutoriada, lo cual no se probó en este caso**.

Ahora bien, respecto del dicho del demandante **Arturo Ávila Leguizamón según el cual el hecho de no poder probar que el señor Orjuela Gómez** sí se notificó del fallo penal por el cual resultó condenado, obedece, entre otras, a una serie de irregularidades acaecidas en su trámite: **a)** el proveído por el cual se ordenó la notificación de la sentencia penal al señor **Orjuela Gómez** se dictó sin ser el Juzgado que lo profirió la

autoridad judicial competente, sin fecha y de “*cúmplase*”; **b)** el expediente penal fue “*mutilado*”.

Para la Sala los anteriores reparos no dejan de ser afirmaciones carentes de total sustento probatorio pues no existe ninguna prueba, en el proceso penal, que evidencie la presunta falta de folios en el expediente, como tampoco denuncia por este hecho. Asimismo, se extraña el escrito de oposición en el que se someta a estudio o se cuestionen las decisiones dictadas por el Juez Primero Penal del Circuito de Arauca, por alguna de las partes o incluso por el Agente del Ministerio Público.

Con la anterior aseveración no pretende la Sala validar las providencias dictadas por el mencionado Juzgado, sino evidenciar que se trata de dichos sin sustento probatorio.

No obstante lo anterior, no puede desconocerse que en la actualidad, como antes se expuso, cursa ante la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– Corporación que dictará la decisión que resuelva, en instancia final, el recurso de apelación interpuesto contra el fallo penal condenatorio proferido contra el señor **Orjuela Gómez**.

Por último, resulta imperioso precisar que los reparos formulados por el mencionado demandante, escapan a la órbita del Juez de lo Contencioso quien se debe limitar a pronunciarse respecto de la legalidad del acto declaratorio de la elección que se pide anular, por la presunta incursión del acusado en la causal de inhabilidad del numeral 1 del artículo 179 Constitucional, sin que le sea dable hacer un control de las decisiones dictadas en el proceso penal en el cual se profirió el fallo que sustenta la inhabilidad endilgada y mucho menos referirse a una supuesta “*mutilación*” del expediente que no está probada y que tampoco es objeto de investigación penal y que no advirtió el Agente del Ministerio Público que realizó visita especial al expediente.

Asimismo, en relación con los oficios remitidos por la: **i)** Policía Nacional, Dirección de Investigación Criminal e Interpol del 21 de julio de 2014 (fl. 585 del cuaderno 1A), y; **ii)** Secretaría del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca que dan cuenta de la “*extinción de la pena*” impuesta contra el señor **Orjuela Gómez**, así como de la certificación expedida por la Secretaría del Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Arauca del 4 de agosto de 1997 según la cual contra el señor Pedro Jesús Orjuela “...*se dictó sentencia condenatoria el 7 de febrero de 1996...*”. La Sala, al respecto, considera que de su existencia **no es dable tener por probada la ejecutoria de la referida sentencia penal**, se insiste por el contrario lo que sí está comprobado es que Pedro Jesús Orjuela Gómez, por orden judicial, se notificó de la sentencia penal el 20 de enero de 2014, posteriormente, su apoderado la apeló y en la actualidad está en la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– a la espera de ser resuelto.

Así las cosas, de conformidad con las argumentaciones expuestas la Sala concluye que al no estar probada la ejecutoria

1 Folio 563 adverso del cuaderno 1A

2 Con el radicado No. 45048

de la sentencia penal, en la que se funda la inhabilidad endilgada al demandado, este no resulta un antecedente penal válido su estructuración.

3. “La prescripción de la acción penal y las supuestas irregularidades en el proceso penal que cursó contra el señor Pedro Orjuela Gómez”

Como se advirtió con anterioridad el proceso electoral no resulta ser el escenario apropiado para exponer y mucho menos para establecer o decidir asuntos relacionados con la acción penal, en la que resultó condenado el demandado **Pedro Jesús Orjuela Gómez**, asimismo, se advierte que el Juez de lo Contencioso carece de competencia para pronunciarse respecto de las presuntas irregularidades que se presentaron en el proceso penal, como atinadamente lo expuso el Procurador Delegado en su correspondiente concepto.

Las razones antes esbozadas resultan suficientes para denegar las pretensiones de las demandas acumuladas.

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

FALLA:

Primero: **Negar** las pretensiones de las demandas acumuladas.

Segundo: **Notificar** a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

Tercero: **Archivar** el expediente una vez quede en firme el fallo.

Cuarto: **Advertir** que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

Alfredo Beltrán Sierra

Conjuez

Esperanza Gómez de Miranda

Conjuez

INHABILIDAD POR COINCIDENCIA DE PERIODOS

- La presentación y aceptación de la renuncia impide su configuración/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - La presentación y aceptación de la renuncia impide la configuración de la inhabilidad por coincidencia de períodos / COINCIDENCIA DE PERIODOS - La presentación de renuncia impide la configuración de la inhabilidad/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - No hay lugar a inaplicar por la excepción de inconstitucionalidad la expresión "salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente"/EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Parágrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992

Frente a la solicitud del demandante Manuel García de los Reyes de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del aparte que consagra la salvedad a la prohibición del 179.8 de la Constitución dispuesto en la Ley Orgánica del Congreso de la República en el numeral 8 de la disposición 280, bajo el planteamiento de que la sentencia C-093 de 1994 analizó la constitucionalidad frente a unas normas constitucionales diferentes a las que ahora plantea en su demanda, la Sala estima conveniente reiterar lo dicho en la sentencia de 15 de marzo de 2015 que decidió el proceso 2014-00050-00, afirmando que la sentencia C-093 de 1994 despachó el cargo sobre el supuesto desconocimiento del espíritu del constituyente, con la salvedad a la inhabilidad, al considerar que cuando se presenta renuncia al primer cargo antes de la inscripción para el segundo se "configura una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, y por tanto, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...".

Así las cosas, para la Sala no existe hesitación alguna de que en el presente caso no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la renuncia a la que hace referencia el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 no está acorde con la finalidad que previó el constituyente, pues, como ya se expuso, el ejercicio del cargo es personal y el periodo es institucional, razón por la cual no hay lugar a inaplicar con base en la excepción de inconstitucionalidad, la expresión "salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente", contenida en el inciso segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, pues la propia Corte Constitucional avaló la justeza de esta a la Carta Política en el control de constitucionalidad que efectuó en la sentencia tantas veces citada. (...) De acuerdo con los razonamientos anteriores y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que, si bien está demostrado que el demandado Mauricio Gómez Amín resultó elegido Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico para el periodo constitucional 2014-2018 según consta en el

Formulario E-26 CA visible a folio 15 del expediente 2014-00041-00; que fue electo Concejal del Distrito de Barranquilla para el periodo 2012-2015 como se verifica en la copia auténtica del Formulario E-26 CO obrante a folio 18 del expediente 2014-00041-00; y, que presentó y le fue aceptada la renuncia a este cargo a partir del 4 de marzo de 2013, no se configuró la inhabilidad contemplada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política endilgada como causal de nulidad de su elección. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda fundadas en este primer cargo.

Nota de Relatoría: Sentencia de 15 de marzo de 2015, Rad. 2014-00050-00, M. P., Susana Buitrago Valencia. Sentencia C-093 de 1994, Corte constitucional.

Fuente Formal: Constitución Política - artículo 179 numeral 8.

REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por doble militancia política/INHABILIDAD POR DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Restricción de apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados

En el asunto bajo examen, las imputaciones por doble militancia realizadas por los demandantes al señor Mauricio Gómez Amín se relacionan con la campaña realizada cuando fue candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico para el periodo 2014-2018, a la cual se inscribió el 9 de diciembre de 2013 según consta en el Formulario E-6 CT visible a folios 16 y 17 del Expediente 2014-00041-00. De otro lado, como quedó claro en los acápites anteriores, las consecuencias jurídicas de la prohibición solo vinieron a quedar establecidas en la Ley 1475 que entró en vigencia el 14 de julio de 2011 y en la Ley 1437 que entró a regir el 2 de julio de 2012. A su turno, la Registraduría Nacional del Estado Civil al fijar el calendario electoral para las elecciones a Congreso y Parlamento Andino en el año 2014, determinó que la inscripción de candidatos se iniciaba el 9 de noviembre de 2013. Así las cosas, la restricción de apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados consagrada en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, en la variante relacionada con los aspirantes a ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, opera evidentemente desde cuando es candidato oficialmente inscrito por el partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos hasta el día de las elecciones, presentándose, en caso de resultar elegido el aspirante, la consecuencia jurídica consagrada en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior se evidencia como una de las tantas manifestaciones de garantía y protección del fin constitucional perseguido de fortalecer las agrupaciones políticas, basado en el aumento del estándar de disciplina de sus miembros e integrantes. Como se observa, el dispositivo legal se dirige concretamente a un subgrupo perfectamente definido y sujeto a unas especiales restricciones. (...) tanto las normas constitucionales como la estatutaria consagran una regla más estricta sobre la doble

militancia en tratándose de directivos de los partidos o movimientos políticos, o de quienes hayan sido elegidos o aspiren a ser elegidos a cargos o corporaciones de elección popular, por cuanto tienen el deber de pertenecer al partido o movimiento político mientras ostenten la investidura o cargo y, en caso de postularse a la siguiente elección tienen prohibido apoyar aspirantes de otras colectividades políticas.

Ahora bien, el supuesto de hecho elevado a causal de anulación electoral en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437, fue objeto de control de constitucionalidad, pronunciamiento en el cual se concluyó que se incurre en doble militancia hasta antes de las elecciones y no en el momento de las mismas. (...) el testigo Cervantes Barraza que era el coordinador en el municipio de Sabanalarga de la campaña del señor Gómez Amín, tuvo conocimiento directo y asistió a varias reuniones con el entonces candidato, en las cuales se percató *in situ* de sus actuaciones en las cuales reiteraba su pertenencia al Partido Liberal Colombiano y su apoyo y respaldo solo a candidatos de la misma agrupación. Inclusive en el hecho relatado en su testimonio, en el cual admite la presencia de unos afiches de un candidato de otro partido político, deja claro por conocimiento directo como organizador y gestor de la reunión, que el señor Gómez Amín no expresó pública ni privadamente su apoyo a candidatos de otros partidos políticos. Por lo anterior, la Sala concluye que el cargo relacionado con la doble militancia como causal de anulación del acto de elección consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA no tiene vocación de prosperidad.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2015 - artículo 275 numeral 8 / Ley 1475 de 2011 - artículo 2 inciso 2

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00041-00

Actor: Luis Alfonso Ruiz y otros

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Ley 1437 de 2011), procede la Sala a dictar sentencia de única instancia en el proceso de nulidad electoral adelantado contra la elección del doctor MAURICIO GÓMEZ AMÍN como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, en los términos del numeral 3 del artículo 182, y el Título VIII de la Parte Segunda del CPACA.

I. ANTECEDENTES

1. Demandas

Fueron presentadas tres demandas. La primera de ellas el 6 de mayo de 2014 por el señor Luis Alfonso Ruiz Caro, en la que se plantearon como pretensiones: *i)* la nulidad de la elección del doctor MAURICIO GÓMEZ AMÍN y *ii)* la cancelación de la credencial expedida al elegido como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico. Este proceso se radicó con el número 2014-00041-00 y fue admitido mediante auto de 13 de mayo de 2014 (fls. 23 a 26).

La segunda demanda, radicada con el número 2014-00049-00, fue incoada por el señor Manuel García de los Reyes y en ella, una vez corregida se pidió: *i)* declarar la nulidad de la elección del señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN contenida en el Formulario E-26 CA, *ii)* cancelar la credencial otorgada como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, *iii)* comunicar la decisión al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil; y, *iv)* ordenar a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes llamar a tomar posesión de la vacante a quien le siga en turno en orden descendente de la lista respectiva (fls. 59 y 60).

El tercer escrito se radicó el 8 de mayo con el número 2014-00052-00 por el señor Nicolás González Siado y, una vez subsanado solicitó: *i)* que se declarara la nulidad del acto de elección de MAURICIO GÓMEZ AMÍN como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico y *ii)* que se ordenara la cancelación de la credencial como Representante a la Cámara (fl. 92).

Mediante providencia del 13 de agosto de 2014, el Despacho sustanciador de la radicación más antigua, al considerar que se cumplían los requisitos para la acumulación de procesos establecidos en el artículo 282 del CPACA, resolvió decretarla y ordenar el respectivo sorteo del magistrado ponente, conforme el inciso quinto de la misma disposición. Así, realizado el sorteo, correspondió adelantar el proceso acumulado al Despacho de la doctora LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ (fls. 203 a 206 y 219 Exp. 2014-00041-00).

1.2. Hechos

En síntesis, los demandantes manifestaron que:

- El señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN fue elegido Concejal del municipio de Barranquilla para el periodo 2012-2015, cargo que ejerció hasta marzo de 2013, fecha en que presentó renuncia a tal dignidad, la cual le fue aceptada por la Corporación Edilicia mediante Resolución 078 de 4 de marzo de 2013.

- El demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico para el periodo 2014-2018, resultando elegido en las elecciones celebradas el 9 de marzo de 2014, conforme lo indica el Formulario E-26 CA.

- El doctor GÓMEZ AMÍN incurrió en la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, porque los periodos de los cargos de Concejal y Representante a la Cámara en los que fue elegido, coinciden parcialmente en el tiempo.

- La parte pasiva incurrió en doble militancia porque se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico a nombre del Partido Liberal Colombiano pero en la campaña preelectoral comprendida entre la inscripción y su elección como Congresista buscó y recibió apoyos y respaldos de miembros de otros partidos, así como realizó proselitismo a favor de candidatos al Senado de la República de otra filiación política, violando con esto los artículos 107 de la C. P. y 2º de la Ley 1475 de 2011.

1.3. Normas violadas y el concepto de violación

Los demandantes citan y transcriben como normas violadas las siguientes:

- **Constitución Política** artículos 4º, 107 inciso segundo, 125, 150, 151, 179 numeral 8, 374 y 375.
- **Ley 1475 de 2011** artículo 2º inciso segundo.

Como concepto de violación se esgrimieron los siguientes cargos:

Primer cargo

El demandado GÓMEZ AMÍN se encuentra incurso en la causal de inelegibilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política la cual manifiesta que nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. Indican los actores que esta causal fue consagrada con el ánimo de prohibir las prácticas electorales que cambian la voluntad del elector y rompen los periodos institucionales, en atención a que al ser elegido para el cargo de Concejal del municipio de Barranquilla para el periodo 2012-2015, tal encargo no puede eludirse con la simple renuncia para aspirar a ser candidato a la Cámara de Representantes para el periodo 2014-2018 porque el tiempo de ambos cargos coincide parcialmente.

Agregan que el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 -Reglamento del Congreso, incluyó sesgadamente una situación exceptiva a la inhabilidad de coincidencia de periodos que no contiene la disposición constitucional, razón por la cual se impone inaplicar tal disposición de la ley orgánica mencionada.

De igual forma manifiestan que los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular solo pueden ser remplazados en caso de muerte, incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaración de nulidad de la elección, renuncia justificada y aceptada por la respectiva Corporación

conforme lo establece el artículo 134 de la Constitución Política. Por lo tanto si la justificación de la renuncia es para aspirar a otro cargo de elección popular, cuyos periodos coinciden en el tiempo, el individuo estará incurso en la inhabilidad del numeral 8 del artículo 179 de la C. P.

Segundo cargo

El doctor MAURICIO GÓMEZ AMÍN se encuentra incurso en la causal de nulidad de su elección como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico denominada doble militancia establecida en el artículo 107 de la Constitución Política, en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 y en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Alegan los demandantes que el señor GÓMEZ AMÍN se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico a nombre del Partido Liberal Colombiano pero en forma fraudulenta buscó y recibió apoyos y respaldos de miembros de otros partidos y realizó proselitismo en favor de candidatos al Senado de la República de otra filiación política, actuaciones que violan los artículos 107 de la C. P. y 2º de la Ley 1475 de 2011.

2. Contestación de las demandas

Admitida la demanda, la parte pasiva a través de apoderado contestó los libelos oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Frente al cargo de coincidencia de periodos argumentó que el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución tuvo su desarrollo legislativo en la disposición 280 de la Ley 5ª de 1992, en la cual se estableció la salvedad de la renuncia al cargo que se ejerce para poder aspirar a otra dignidad de elección popular, situación que fue objeto de examen en la sentencia C-093 de 1994 y en la que se concluyó que en este evento no existe inhabilidad por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la dimisión (fl. 62 Exp. 2014-00041-00). Agregó que, si bien el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución se ha intentado reformar en dos ocasiones mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, lo cierto es que tales cambios han sido declarados inexecutable quedando incólume la disposición mencionada.

Señaló que el artículo 51 de la Ley 136 de 1994 consagra la renuncia aceptada como una de las causales de falta absoluta del cargo de Concejal y esta se produce cuando el edil manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de dejarlo, la cual debe presentar ante el Presidente del Concejo (art. 53). Por lo tanto, la renuncia presentada en debida forma por el doctor GÓMEZ AMÍN y aceptada y aprobada por el voto positivo de 19 Concejales como consta en el Acta número 02 de 4 de marzo de 2013, tiene pleno respaldo en las normas legales y constitucionales.

Añadió que la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 es improcedente por cuanto esta norma ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 1994 la cual hizo tránsito a cosa juzgada.

Respecto al cargo de doble militancia indicó que las informaciones allegadas como soporte probatorio por el demandante se refieren a publicaciones anteriores al 9 de diciembre de 2013 fecha en la cual el Partido Liberal Colombiano inscribió la candidatura del señor GÓMEZ AMÍN como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, tal como se comprueba con el Formulario E6-CT allegado al proceso. Citó como fundamento de lo anterior la sentencia C-334 de 2014 en la cual la Corte Constitucional afirmó que los candidatos incurrían en doble militancia desde el momento de la inscripción siempre que se den los demás requisitos de la causal.

Sobre el material fotográfico del expediente dijo que ninguna de las fotos demuestra una expresa invitación a votar o el apoyo a candidatos de otros partidos políticos por parte del señor GÓMEZ AMÍN, así como tampoco de las publicaciones se puede concluir que el demandado hubiere respaldado candidatos de otras agrupaciones políticas. Expresó que se allegaron fotografías en las cuales consta que el día 18 de diciembre de 2013 su defendido oficializó su apoyo a la candidatura al Senado de la República de la señora Victoria Vargas Vives, y otras en las cuales recibió el respaldo de los candidatos Horacio Serpa Uribe y Juan Manuel Galán Pachón también integrantes del Partido Liberal Colombiano.

Finalmente manifestó que los elementos probatorios aportados en las contestaciones demuestran la fidelidad y relación estrecha del demandado con el Partido Liberal Colombiano desde que fue inscrito por ese partido como candidato a la Cámara de Representantes de conformidad con el entendimiento de la sentencia C-334 de 2014 (fls. 169 a 174 Exp. 2014-00052-00).

3. La audiencia inicial

En la audiencia inicial que se celebró los días 10 de septiembre y 14 de noviembre de 2014, se resolvió la excepción de “falta de legitimación por pasiva” presentada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se saneó el proceso, se fijó el litigio y se decretaron pruebas (fls. 235 a 251 y 296 a 300 Exp. 2014-00041-00).

En relación con la excepción el Despacho consideró que estaba llamada a prosperar por cuanto la entidad pública no tenía injerencia alguna en la realización de los escrutinios ni en los resultados de los mismos, así como las actuaciones atacadas en la nulidad no se relacionan con las funciones del ente que presenta la excepción. En cuanto a las pruebas, el Despacho negó los testimonios de Gustavo de la Rosa Lascarro y Rafael Sequea Lora porque no se expresó claramente el objeto de su solicitud. También se negó el oficio a la Registraduría

Nacional del Estado Civil para que allegara lo relacionado con la personería jurídica del Partido de la “U” y del Partido Liberal Colombiano, así como el acta de inscripción de candidatos por dicho partido (fls. 246 y 249 Exp. 2014-00041-00).

Frente a las anteriores decisiones, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de súplica que fue resuelto por el resto de integrantes de la Sección Quinta en providencia de 8 de octubre de 2014, en la cual se revocó lo relacionado con la remisión de la copia del acta de inscripción de los candidatos del Partido de la “U” al Senado de la República y confirmó la determinación de negar el envío del documento sobre la personería jurídica de los partidos Liberal Colombiano y de la “U”. Sobre los testimonios denegados, el resto de integrantes de la Sección Quinta resolvió revocar la decisión sobre el de Gustavo de la Rosa Lascarro y confirmar la decisión que negó el de Rafael Sequea Lora (fls. 257 a 266 Exp. 2014-0041-00).

El litigio fue fijado en los siguientes términos (fls. 242 y 243 Exp. 2014-00041-00):

“Determinar si la elección del señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico es nula, porque *i*) está incurrido en la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política y *ii*) incurrió en doble militancia, causal establecida en el numeral 8 del artículo 275 el (sic) CPACA”.

4. Alegatos de conclusión

4.1. La parte demandante

En escrito presentado el 22 de junio del presente año, el demandante Manuel García de los Reyes reiteró en su alegato la solicitud de realizar un nuevo estudio de constitucionalidad sobre el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 por considerar que los pronunciamientos de la Corte Constitucional hechos en las sentencias C-093 de 1994 y SU 250 de 2014 no son cosa juzgada absoluta sino relativa y tal análisis debe girar en torno a la violación de otras normas constitucionales (arts. 150, 151, 374 y 375) que no se tuvieron en cuenta en los fallos mencionados (fls. 505 a 512 Exp. 2014-00041-00).

A su turno, el apoderado judicial del demandante Nicolás González Siado, presentó el 19 de junio su escrito de alegatos en el que reiteró el cargo de doble militancia endilgado al señor Gómez Amín de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011. Manifestó que los testimonios de los señores Roberto Cervantes y Gustavo de la Rosa Lascarro son una clara demostración de los hechos ya que afirmaron que el demandado realizó múltiples reuniones políticas con candidatos de diferente filiación política tal como se corrobora también con las fotografías obrantes en el expediente (fls. 515 a 519 Exp. 2014-00041-00).

4.2. La parte demandada

En memorial presentado el 22 de junio de 2015 (fls. 473 a 504 Exp. 2014-00041-00), el apoderado del señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN, reiteró los argumentos expuestos en las contestaciones a las demandas, en el sentido de afirmar, sobre el primer cargo, que la renuncia irrevocable presentada por el señor GÓMEZ AMÍN al Concejo Distrital de Barranquilla tiene pleno respaldo en la Constitución y en la ley, razón por la cual se encuentra en el supuesto de excepción consagrado en el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, sin que pese sobre él una inhabilidad para ser candidato a la Cámara de Representantes. Agregó que la petición de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 resulta improcedente por cuanto la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 1994 declaró la exequibilidad de la mencionada disposición con efectos de cosa juzgada.

Respecto del segundo cargo, insistió en que está desprovisto de fundamento en atención a que el doctor GÓMEZ AMÍN fue inscrito como candidato a la Cámara de Representantes por el Partido Liberal Colombiano el día 9 de diciembre de 2013 conforme consta en el Formulario E-6 CT, por lo que en fechas anteriores no podría configurarse el fenómeno de la doble militancia tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-334 de 2014.

Insistió en que del material fotográfico y de las publicaciones periodísticas aportadas por los demandantes no se demuestra que el señor Gómez Amín haya manifestado apoyo o respaldo a candidatos de otras agrupaciones políticas. Sobre el testimonio rendido por el señor Gustavo Rafael de la Rosa Lascarro manifiesta que no arroja certeza sobre la doble militancia del demandado por cuanto se limita a expresar solamente lo que observa en las fotografías aportadas al plenario. Los demás testimonios recaudados, son contestes en afirmar que el candidato MAURICIO GÓMEZ AMÍN hizo campaña para la Cámara de Representantes a nombre del Partido Liberal Colombiano y nunca expresó apoyo o respaldo a candidatos de otros partidos políticos.

5. Concepto del Ministerio Público

El delegado del Ministerio Público solicitó que no se acogiera la pretensión de nulidad relacionada con el primer cargo, con fundamento en la reciente posición de la Sección Quinta sobre un asunto idéntico, resuelto en sentencia de 8 de octubre de 2014 dentro del expediente 2014-00032-00 donde se demandó la elección del señor Juan Carlos Rivera como Representante a la Cámara por el departamento de Risaralda, pronunciamiento transcrito *in extenso*, en el que se concluyó que la renuncia es un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad y no es el proceso electoral el escenario para pronunciarse sobre ella; que la renuncia debidamente aceptada impide que se configure la inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Carta Política; y, que la excepción del numeral 8 del

artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 es constitucional en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional que tiene efectos erga omnes y de cosa juzgada, lo que impide aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Sobre el segundo cargo de doble militancia expresó que el ciudadano GÓMEZ AMÍN como candidato a la Cámara de Representantes por el Partido Liberal Colombiano estaba sujeto a la prohibición de doble militancia, en el sentido de no poder apoyar o respaldar candidatos de otras agrupaciones políticas conforme lo establece el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, del material fotográfico obrante en el proceso, no se puede establecer con certeza ni demostrar que el demandado estuviera quebrantando la prohibición legal referida y el valor de tales documentos debe valorarse en conjunto con otros medios probatorios. Respecto de los testimonios, el Ministerio Público anotó que de ninguno de ellos se puede inferir que el señor GÓMEZ AMÍN hubiere apoyado candidaturas ajenas al Partido Liberal Colombiano. Por tales razones, pidió desestimar la pretensión de nulidad por el cargo de doble militancia (fls. 460 a 472 vuelto Exp. 2014-00041-00).

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA¹, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia en atención a que la demanda pretende la anulación del formulario E-26 CAM, por medio del cual se declaró la elección del señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico.

2.2 Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial², si la elección del demandado como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico es nula porque está incurso en las inhabilidades consagradas en: *i*) el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política correspondientes a la inelegibilidad simultánea por haber sido elegido Concejal de Barranquilla y Representante a la Cámara en periodos que coincidían en el tiempo; y *ii*) el numeral 2 del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 por estar incurso en doble militancia.

1 “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia: El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”. (Subrayas fuera de texto).

2 Folios 235 a 251 y 296 a 300 Exp. 2014-00041-00.

2.2.1. La inhabilidad contemplada en el numeral 8 del artículo 179 Constitucional

Dispone la norma invocada por la parte actora:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas

(...)

Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”.

La Sala considera pertinente recordar en este momento el pronunciamiento de la Corte Constitucional vertido en la sentencia C-093 de 1994, con ocasión de la demanda por inconstitucionalidad instaurada contra el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, que reprodujo literalmente un aparte del numeral 8 de la norma superior transcrita, decisión en la cual declaró su exequibilidad con fundamento en los siguientes argumentos, que por su importancia y claridad se transcriben *in extenso*:

“(…) En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de estas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o

puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Mediante el primero se configuran los casos en los cuales una persona que pretende ostentar esta calidad de servidor público de la rama legislativa, no puede ser elegido cuando ocurra alguna de las circunstancias de que trata el artículo 179 de la Constitución Política. En lo concerniente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la misma Carta Fundamental, estas hacen relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso (Senadores y Representantes), durante el tiempo en que ostenten dicha calidad. Estas y la inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, generan la pérdida de la investidura de Congresista (artículo 183, numeral 1 de la C. P.).

De conformidad con el numeral 8, del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión “nadie podrá”, para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación.

En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la

prohibición de que trata el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta Política según el cual “ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción”, sucesivo y descendente. (Sentencia D-236. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista.

Además, debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de su candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera, la falta absoluta para el resto del período, **rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución**, la cual se presume en las gestiones que adelantaron ante las autoridades electorales”.

De igual forma merece la pena señalar que en dos oportunidades mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, se intentó reformar la prohibición contenida en el numeral 8 del artículo 179 de la Carta al hilo de incluir expresamente la eliminación de la salvedad sobre la renuncia como forma de dejar inane la inhabilidad. Sin embargo, en ambos casos la Corte Constitucional declaró la inexecutable de tales reformas, si bien bajo argumentaciones de forma, dejó claro que el criterio sobre tal salvedad ya había sido analizado por la jurisprudencia. En la sentencia C-332 de 2005 al estudiarse el Acto Legislativo número 01 de 2003, manifestó:

“(…) es claro que el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003 en ningún momento derogó el numeral 8 del artículo 179 de la C. P., tan solo reiteró el texto constitucional por razones de claridad en el trámite legislativo. La norma del Acto Legislativo no alteró la vigencia del numeral 8, únicamente adicionó una frase final y un párrafo.

En conclusión, el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde el momento en que fue expedido por la Asamblea Nacional Constituyente hasta el día de hoy, sin solución de continuidad.

Finalmente, como la presente sentencia se limitó a analizar los cargos formulados por la demanda presentada contra el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003, en razón a las violaciones por vicios de procedimiento, **no implica un pronunciamiento sobre si la renuncia elimina la inhabilidad. La jurisprudencia que ha interpretado los alcances del numeral 8, se ha encargado de abordar la cuestión**” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Y al decidir la demanda contra el Acto legislativo 01 de 2009 el Alto Tribunal en la sentencia C-040 de 2010 razonó así:

“(…) En consecuencia, deberá declararse la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 13. Así, en virtud de la declaratoria de inexecutable de aquella disposición y de manera análoga a como lo decidió esta Corporación en la sentencia C-332/05, **la Corte advierte que el numeral octavo del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad**” (negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior significa que el texto del numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política se mantiene incólume desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad³, pues las referidas decisiones aclararon que la interpretación sobre tal disposición era la abordada por la jurisprudencia. En especial el examen de justeza al ordenamiento superior realizado en la Sentencia C-093 de 1994 es una decisión de control “concreto” de constitucionalidad y que se caracteriza por: *i*) hacer tránsito a cosa juzgada absoluta; y, *ii*) tener efecto “*erga omnes*”, toda vez que la decisión allí contenida tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos. Tales características, llevan a la conclusión ineludible del imperioso cumplimiento, tanto para los ciudadanos como para el poder judicial, de la decisión allí contenida. Por otra parte al haberse controlado la disposición contenida en la “*ley orgánica*”⁴ (Ley 5ª de 1992), que completaba el dispositivo normativo del numeral 8 del artículo 179 constitucional, debe observarse obligatoriamente la interpretación sistemática y armónica entre la Constitución y la ley⁵.

3 Así se reiteró en la Sentencia SU-950 de 2014, proceso dentro del cual se cuestionó una decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado que resolvió negar las pretensiones con fundamento en los mismos argumentos sobre la inhabilidad del numeral 8 del artículo 179 de la Carta.

4 Según el artículo 151 de la Constitución, por medio de las leyes orgánicas “se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras”. En efecto la Ley 5ª de 1992 se dictó para expedir “el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”.

5 Recuérdese que las leyes orgánicas conforman el “bloque de constitucionalidad en sentido lato” y en esa medida, sirven como “parámetro de interpretación de la Constitución”. Sobre este punto puede verse el texto “Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de

Por ello, la inhabilidad contenida en el texto constitucional se debe entender en armonía con la salvedad establecida en la Ley 5ª de 1992. En consecuencia, no puede la Sala optar por una interpretación que desconozca las prescripciones que trae dicha normativa, en lo que atañe a la inhabilidad por la denominada “*coincidencia de períodos*”.

2.2.1.2. La jurisprudencia de la Sección Quinta

En este punto, la Sala se permite destacar que la Sección Quinta ha tenido una posición, sólida, uniforme y reiterada, a partir del fallo de constitucionalidad C-093 de 1994 en el sentido que la salvedad contenida en el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 conlleva la inoperancia de la inhabilidad consagrada en el mismo numeral del artículo 179 de la Carta Política, y que tal estudio es cosa juzgada absoluta, razón por la cual tiene efectos erga omnes.

Sobre el particular, pueden encontrarse entre muchas, las sentencias de 24 de noviembre de 1999, Exp. 1891, M. P. Darío Quiñonez Pinilla; de 3 de mayo de 2002, Exp. 2000-0880-02, M. P. Mario Alario Méndez; de 25 de agosto de 2005, Exp. 2003-01418-01, M. P. Darío Quiñonez Pinilla; de 19 de julio de 2007, Exp. 2002-3991-00; de 10 de marzo de 2011, Exp. 2010-00020-00, M. P. Susana Buitrago Valencia; de 8 de octubre de 2014, Exp. 2014-00032-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro; de 30 de octubre de 2014, Exp. 2014-00054-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro, de 12 de marzo de 2015, Exp. 2014-00050-00, M. P. Susana Buitrago Valencia y de 15 de abril de 2015, Exp. 2014-00059-00, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez.

2.2.1.3. La excepción de inconstitucionalidad

Ahora bien, frente a la solicitud del demandante Manuel García de los Reyes de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del aparte que consagra la salvedad a la prohibición del 179.8 de la Constitución dispuesto en la Ley Orgánica del Congreso de la República en el numeral 8 de la disposición 280, bajo el planteamiento de que la sentencia C-093 de 1994 analizó la constitucionalidad frente a unas normas constitucionales diferentes a las que ahora plantea en su demanda, la Sala estima conveniente reiterar lo dicho en la sentencia de 15 de marzo de 2015 que decidió el proceso 2014-00050-00, afirmando que la sentencia C-093 de 1994 despachó el cargo sobre el supuesto **desconocimiento del espíritu del constituyente**, con la salvedad a la inhabilidad, al considerar que cuando se presenta renuncia al primer cargo antes de la inscripción para el segundo se **“configura una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, y por tanto, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...”**.

Como se dijo en el reciente fallo de la Sección Quinta, al analizar los fundamentos jurídicos de la sentencia C-093 de 1994⁶:

“1) El período para efectos de la prohibición que prevé el numeral 8 del artículo 179 constitucional es una noción abstracta, de la cual no puede predicarse una entidad jurídica propia y autónoma, sino que, por el contrario, solo adquiere relevancia cuando en realidad un individuo desarrolla dentro de determinado tiempo la respectiva función. Es decir, tal período está sometido a lo que la Corte denomina acto condición, que en el caso concreto se circunscribe a que la persona entre efectivamente en el ejercicio de sus funciones.

2) Dentro de dicho contexto, cuando no se configura el ejercicio concreto y real del cargo por no tener lugar el acto de posesión o por separación definitiva, no puede pensarse que se configure la inhabilidad en cuestión, toda vez que no está presente el efectivo ejercicio de funciones.

3) Entonces, a fin de que se estructure la causal de coincidencia de períodos quien aspire a ser Senador o Represente a la Cámara no podrá encontrarse como Concejal o Diputado ni tener la calidad de servidor público al momento de la inscripción. En el primer evento, a efectos de que no se configure la inhabilidad el candidato debe haber formalizado la respectiva renuncia.

4) Dicha renuncia (debidamente aceptada) genera la vacancia absoluta del cargo y, por ende, ante dicha vacancia absoluta del cargo de concejal o diputado, **NO ES POSIBLE** que para ellos rija la prohibición que consagra el artículo 179-8 de la Constitución Política, toda vez que se entiende que el respectivo período en esas corporaciones **se extinguió**.

Por ende, al dimitente no se le puede seguir considerando servidor público, pues ya no ostenta esa calidad, lo cual impide que se encuentre inhabilitado.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional en la citada sentencia C-093 de 1994 implícitamente asume que la Ley 5ª de 1992 **no le introdujo** excepción ni condicionamiento alguno al numeral 8 del artículo 179 constitucional, pues parte de la base de que sí se presenta la vacante absoluta en virtud de la renuncia debidamente aceptada, es evidente que no hay periodo en curso, razón por la que respecto del segundo cargo por elección o por nombramiento, no podría predicarse coincidencia alguna.

Bajo ese concepto, a juicio de la Corte el contenido del segundo párrafo del artículo 280 de la Ley 5ª de

1991 y de sus Reformas” de Manuel Quinche Ramírez Manuel, Editorial Universidad del Rosario. Tercera Edición. 2009. Pág. 120.

6 Sentencia de 12 de marzo de 2015, Exp. 2014-00050-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

1992 es un aspecto inherente y propio de la naturaleza misma de la prohibición constitucional y no así un agregado que soslaya la inhabilidad.

Por lo mismo, no consideró que el legislador se extra limitara en sus funciones en contravía de la reserva constitucional que cobija el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, puesto que ante la falta absoluta generadora de vacancia (la renuncia) no puede predicarse período en curso y, por tanto, si este no existe **no rige la prohibición**”.

Tal posición fue también recogida en la sentencia SU-950 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el alcance de la prohibición de coincidencia de períodos, en la cual afirmó:

“(…)

11. En consecuencia, cuando la renuncia es irrevocable, libre y espontánea, para la Corte no es posible limitar el derecho que tiene un servidor público para separarse definitivamente del empleo, por cuanto el derecho político a ocupar un cargo público supone necesariamente el derecho a renunciar al mismo, en tanto constituye un claro desarrollo de la libertad de la persona para decidir si permanece o no en el ejercicio de un empleo⁷.

(…)

La Carta consagró la renuncia debidamente aceptada como una causal de retiro del servicio para los miembros de las corporaciones públicas, con la cual se genera vacancia absoluta o definitiva del cargo y por lo tanto una separación efectiva del mismo, con lo que se genera la posibilidad de que el miembro de la corporación sea remplazado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente al admitir que la renuncia aceptada configura vacancia absoluta del cargo⁸, del mismo modo fue considerado por la sentencia C-532 de 1993: la renuncia expresa y formalmente aceptada de un concejal o diputado, antes de su inscripción como candidato al congreso, configura una falta absoluta en el cargo. Además la citada sentencia anotó que el acto de renuncia y las gestiones adelantadas ante las autoridades correspondientes están amparados por el principio de la buena fe (art. 83 C. P.).

(…)

24. De la reconstrucción anterior pueden obtenerse varios elementos hermenéuticos. **Con la renuncia debidamente aceptada se presenta la vacancia del cargo, es decir, quien ha renunciado ya no es titular del mismo, por lo tanto no podrían aplicarse inhabilidades derivadas de ese hecho**” (negritas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, para la Sala no existe hesitación alguna de que en el presente caso no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la renuncia a la que hace referencia el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 no está acorde con la finalidad que previó el constituyente, pues, como ya se expuso, el ejercicio del cargo es personal y el periodo es institucional, razón por la cual no hay lugar a inaplicar con base en la excepción de inconstitucionalidad, la expresión “*salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente*”, contenida en el inciso segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, pues la propia Corte Constitucional avaló la justeza de esta a la Carta Política en el control de constitucionalidad que efectuó en la sentencia tantas veces citada.

Por otro lado, el demandante pretende desvirtuar el pronunciamiento de la Corte Constitucional (C-093 de 1994) señalando que el inciso segundo del artículo 2º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 viola otros artículos de la Constitución que no se estudiaron en esa ocasión por el Alto Tribunal. Indica que se vulneran los artículos 374 y 375 de la Carta porque la facultad reformatoria de la misma únicamente reposa en el Congreso a través de un Acto Legislativo y no mediante una ley orgánica. Igualmente anota que dentro de las leyes ordinarias (art. 150 C. P.) y orgánicas (art. 151 C. P.) consagradas en la Constitución, no se encuentra la facultad para modificar el régimen de inhabilidades de los Congresistas, lo que ocurrió con el inciso segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992.

Sin embargo al revisar el pronunciamiento de la Corte Constitucional ahora cuestionado, se observa que los allí demandantes esgrimieron los mismos argumentos con los que ahora intenta el señor García de los Reyes fundamentar la excepción de inconstitucionalidad. Sobre el particular sostuvieron⁹:

“(…) que con la adición de categoría legal que consagra una salvedad, se pretende dejar sin ningún efecto aquella parte de la norma constitucional que dice: “***si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente***”. El legislador no tuvo en cuenta que la norma que trató de adicionar era de categoría constitucional y, por lo tanto, **no se podía modificar por medio de una ley orgánica**.

7 Ídem.

8 Sentencia C-093 de 1994 Ms. Ps. José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara.

9 Ibídem. En el numeral II de la sentencia, sobre hizo el recuento de las demandas incoadas y se copiaron apartes de los argumentos de los demandantes que son los que ahora se transcriben.

Agrega el accionante que el artículo 179 de la Constitución faculta al legislativo, en forma precisa y expresa, únicamente para que reglamente los demás casos de inhabilidades por parentesco. Entonces, el Congreso de la República **no podía, por medio de una ley orgánica modificar ni adicionar el texto de la prohibición constitucional que aparece en el numeral 8 del mencionado artículo.** Si así lo deseaba el Legislativo, ha debido acudir a un Acto Reformatorio de la Constitución.

Manifiesta el actor que las inhabilidades y prohibiciones consagradas en los ocho (8) numerales del artículo 179 de la Constitución son de orden taxativo y por lo tanto las consecuencias y sanciones previstas serán aplicables por los jueces cuando se presenten los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar allí establecidos, sin tener en cuenta la norma legal que, en abierta contradicción con el precepto constitucional, pretende desconocerlo". **Subrayas y negrillas fuera de texto.**

Y el otro demandante indicó:

"Por otra parte, es también evidente que la estipulación del artículo 179-8 no requiere reglamentación por la claridad y precisión de su texto. Pero aún si no hubiese sido tan explícito y exacto, **el legislador no tiene facultad para reglamentarlo** puesto que la Constitución misma señaló las inhabilidades que podrían ser reglamentadas por la ley. En el penúltimo inciso de la ley 179, remitió expresamente al legislador la reglamentación de "los casos de inhabilidad por parentesco con las autoridades" no contempladas en la misma norma y no incluyó en tal facultad reglamentaria las restantes inhabilidades. Luego, **cuando el legislador decide reglamentarlas, lo hace sin facultad y, por tanto, viola la Ley Suprema.** Pero, además ni en la más amplia de las interpretaciones puede decirse que la ley reglamentó la inhabilidad, puesto que lo que hizo fue crear una excepción. Como dije antes, la misma expresión utilizada, "salvo que..." es suficiente prueba de la voluntad de excluir y no de reglamentar".

Como se observa, los argumentos que esgrime uno de los demandantes dentro de este proceso electoral para justificar la inaplicación del numeral 2 del artículo 280 de la ley 5ª de 1992, fueron planteados en el proceso de constitucionalidad y objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, lo que hace improcedente realizar estudio alguno de constitucionalidad por vía de excepción con base en los mismos cargos endilgados en sede constitucional.

Ahora, en gracia de discusión, las inhabilidades como circunstancias prohibitivas para ejercer un cargo¹⁰, que tienen

por objeto la defensa del interés general y el bien común, constituyen un límite al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, razón por la cual los hechos que las configuran y sus consecuencias deben estar señaladas en la Constitución o en la ley y son de una hermenéutica restrictiva, quedando a salvo la facultad del legislador de desarrollar el contenido de las mismas¹¹.

Y es por ello que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar que los únicos límites que tiene el legislador en materia de inhabilidades tienen que ver con la **i)** inmutabilidad del alcance y las condiciones fijadas directamente por la Constitución; y **ii)** que sus regulaciones no sean irrazonables o desproporcionadas¹².

Así lo ha expresado el Alto Tribunal¹³:

"La doctrina constitucional contenida en múltiples fallos de esta Corporación (sentencias C-537 de 1993; C-320 de 1994; C-373 de 1995; C-367 de 1996, C-509, C-618 de 1997. C- 068 y C-147 de 1998, entre otras), ha señalado que las inhabilidades como excepción y restricción que el Constituyente y el legislador pueden fijar al derecho político que le asiste a toda persona de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, funciones o cargos públicos (artículos 13 y 40 de la Constitución), deben ser razonadas y proporcionales. Razonabilidad y proporcionalidad, que tiene como punto de referencia, la prevalencia de los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución).

Así, ha de entenderse que una causal de inhabilidad está acorde con los postulados de la Constitución, cuando la misma tiene por objeto otorgar la mayor transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública. Sólo cuando estos principios resulten satisfechos, será admisible la limitación del derecho de los diversos ciudadanos que, pese a poseer la idoneidad para desempeñar un cargo o función pública determinada, no puedan acceder, en razón a la concurrencia en él de circunstancias que hacen presumir que el desempeño de la función pública correspondiente, podrá objetivamente verse afectada por estas.

11 Sobre esta facultad ver la sentencia C-325 de 2009 que ha indicado sobre las inhabilidades que rigen el acceso a determinados cargos públicos, que son la Constitución y la ley las encargadas de fijarlo. Al respecto, ha expresado la Corte que, el mismo texto Superior, a través de distintas disposiciones (C. P. arts. 6º, 123 y 150-23), le reconoce al legislador amplias facultades de configuración política para completar ese régimen constitucional.

12 Ver, entre otras, las Sentencias C-509 de 1997 M. P. Jaime Córdoba, C-617 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández, C-1412 de 2000 M. P. Martha Victoria SÁCHICA, C-200 de 2001 M. P. Eduardo Montealegre Lynett, C-247 de 2001 M. P. Carlos Gaviria, C-540 de 2001 M. P. Jaime Córdoba, C-952 de 2001 M. P. Álvaro Tafur, C-064 de 2003 M. P. Jaime Araújo, C-015 de 2004 M. P. Manuel José Cepeda, C-311 de 2004 M. P. Álvaro Tafur, C-348 de 2004 M. P. Jaime Córdoba, C-179 de 2005 y C-468 de 2008 en los dos caso el magistrado ponente fue el Dr. Marco Gerardo Monroy.

13 Sentencia C-1372 de 2000.

10 Ver sentencia de la Corte Constitucional C-558 de 1994.

Portanto, la facultad que se reconoce al órgano legislativo para determinar causales de inhabilidad diversas a las que expresamente ha fijado el Constituyente, han de ser interpretadas en forma restrictiva (sentencias C-320 de 1994 y C-147 de 1998, entre otras), en el sentido de dar prevalencia a los derechos a la igualdad y al acceso a funciones y cargos públicos. No significa lo anterior, el desconocimiento de la facultad discrecional que, en esta materia, se le reconoce al legislador (sentencias C-367 de 1996, C-509 de 1997, entre otras), dado que si bien corresponde a él señalar causales de inhabilidad diversas a las establecidas por el Constituyente, cuando ello se considere conveniente para el desempeño probado de la función pública, esa competencia tiene un límite objetivo: el no desconocimiento de los mencionados derechos".

De acuerdo con lo anterior, de la lectura del inciso segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 no se concluye que esta disposición esté alterando el texto constitucional del numeral 8 del artículo 179, que conserva incólume la inhabilidad configurada por la denominada coincidencia de periodos, ni que la excepción establecida en el dispositivo legal, sea irrazonable o desproporcionada. Por el contrario, obedece a un desarrollo del artículo 26 Constitucional, según el cual toda persona es libre de escoger, en su forma positiva o negativa, un oficio o profesión, de acuerdo con sus intereses, sin que exista limitación distinta de aquella que, en tratándose de empleos públicos, pretenda salvaguardar la continuidad y la buena prestación del servicio. Por lo tanto, esta libertad pública es considerada como "*uno de los estandartes de la dignidad de la persona*"¹⁴, de suerte que todo individuo puede hacer uso de ese derecho como expresión de la autonomía de la voluntad y de los derechos al trabajo (Art. 53 C. P.), al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. P.) y a la igualdad de oportunidades (Arts. 13 y 53, C. P.)¹⁵ a fin de "*diseñar en forma autónoma su proyecto de vida en una de las facetas más importantes de la condición humana*"¹⁶.

Sin embargo tal libertad del elegido puede entrar en tensión con el derecho político de los electores a ser representados en una Corporación Pública de elección popular¹⁷, hipótesis en la cual se debe dar prevalencia, como lo dijo la Corte Constitucional, a la voluntad del ciudadano elegido quien toma la decisión autónoma y espontánea de retirarse del cargo, pues en esos casos, la misma Constitución prevé la forma de garantizar que alguien más pueda ocupar el cargo¹⁸ y mantener la representación de la que debe gozar el ciudadano elector sin tener que afectar el derecho del sujeto electo a renunciar¹⁹.

14 Sentencia C-819 de 2010 M. P. Jorge Iván Palacio.

15 Sobre el tema también puede verse la sentencia C-1125 de 2008 M. P. Humberto Sierra.

16 Sentencia C-819 de 2010 M. P. Jorge Iván Palacio.

17 Sobre este derecho político puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional T-1005 de 2006.

18 Artículo 261 C. P. "Las faltas absolutas serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción, o de votación, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, según se trate de listas cerradas o con voto preferente".

19 Ver fundamento jurídico número 11 de la sentencia SU-950 de 2014.

Así pues, las anteriores razones son suficientes para desestimar la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad solicitada por la parte demandante.

2.2.1.4. Conclusión

De acuerdo con los razonamientos anteriores y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que, si bien está demostrado que el demandado MAURICIO GÓMEZ AMÍN resultó elegido Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico para el periodo constitucional 2014-2018 según consta en el Formulario E-26 CA visible a folio 15 del expediente 2014-00041-00; que fue electo Concejal del Distrito de Barranquilla para el periodo 2012-2015 como se verifica en la copia auténtica del Formulario E-26 CO obrante a folio 18 del expediente 2014-00041-00; y, que presentó y le fue aceptada la renuncia a este cargo a partir del 4 de marzo de 2013²⁰, **NO SE CONFIGURÓ** la inhabilidad contemplada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política endilgada como causal de nulidad de su elección.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda fundadas en este primer cargo.

2.2.2. La prohibición de doble militancia contemplada en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 y la causal de nulidad electoral consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Dispone el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011:

"(...)

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.

"(...)

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia (...)"

Y el numeral 8 del artículo 275 del CPACA establece:

"**Causales de anulación electoral.** Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este código y, además, cuándo:

"(...)

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política".

20 Folios 19 y 20 Expediente 2014-00041-00.

La parte actora le endilga al señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN el estar incurso en DOBLE MILITANCIA al haber apoyado y respaldado a varios candidatos pertenecientes a otras agrupaciones políticas diferentes al Partido Liberal Colombiano por el cual aspiró y resultó elegido Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico en la campaña para las elecciones celebradas el 9 de marzo de 2014.

2.2.2.1 Los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009

A finales de la década de los noventa, el sistema político colombiano atravesaba por una crisis profunda derivada de prácticas personalistas que fraccionaron el escenario electoral y volvieron frágiles y efímeras las agrupaciones políticas. Estas circunstancias motivaron esencialmente a impulsar una reforma constitucional de hondo calado político, concretada en el Acto Legislativo número 01 de 2003. Uno de los objetivos específicos de esa reforma fue el establecimiento de condiciones más exigentes para la creación de partidos y movimientos políticos, al igual que el otorgamiento de rango constitucional a la prohibición de la doble militancia²¹.

Tal interdicción asegura la identidad y representatividad de los elegidos, por cuanto garantiza una vocación de permanencia con determinada agrupación política y su compromiso con un programa de acción definido, lo cual se traduce en un régimen de cohesión y disciplina en las actuaciones al interior de una Corporación de elección popular de los miembros de un partido o colectividad política. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional²²:

“(…) De allí que la interdicción constitucional de la doble militancia en estos casos, no solamente sea más severa, sino que trascienda el simple ámbito de regulación interna de los partidos políticos, para desplegar todo su sentido y efectos en el adecuado y racional funcionamiento de los órganos de representación popular. En otras palabras, desde un punto de vista formal, la mencionada prohibición busca evitar la pertenencia simultánea del elegido a dos partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, y por ende, a dos bancadas; desde una aproximación material, la interdicción conlleva a que el representante no ejerza activismo en defensa de los programas, idearios o ideologías de dos organizaciones políticas al mismo tiempo. Tal prohibición, por lo demás, tiene como corolario la sanción del “transfuguismo político”, fenómeno que afecta el normal desarrollo de la actividad del Congreso de la República, o en su caso, de las Asambleas Departamentales, los Concejos Distritales y Municipales y las Juntas Administradoras Locales. Así pues, no se trata tan solo de un asunto de lealtad para con la organización política que llevó al candidato a la curul, sino que está de por medio el racional funcionamiento de una Corporación Pública”.

21 Así lo expresó la Corte Constitucional en las sentencias C-1091 de 2005 y C-342 de 2006.

22 Sentencia C-342 de 2006.

Posteriormente, al finalizar la primera década del siglo veintiuno el clima político y social del país volvió a enrarecerse con nuevas amenazas a la representación democrática efectiva, esta vez derivadas de la cooptación de grupos armados ilegales y el crimen organizado que ejercían presiones a través de la amenaza física o de la corrupción económica proveniente del narcotráfico, la minería ilegal, el desplazamiento forzado, el secuestro, el hurto de tierras rurales y otras conductas conexas, lo cual hacía imprescindible una vez más hacer una reforma constitucional, concretada en el Acto Legislativo número 01 de 2009. Una de las modificaciones introducidas por el Congreso como Constituyente Derivado, impactó el artículo 107 de la Carta relacionado con el régimen electoral y la organización y funcionamiento de las colectividades políticas, en especial extremando el rigor de la prohibición de la doble militancia, en el sentido de exigir que quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce meses antes del primer día de inscripciones²³.

2.2.2.2. Las Leyes 1475 y 1437 de 2011

Así, la Ley Estatutaria 1475 de 2011 desarrollo en buena medida las reformas políticas introducidas a la Constitución en los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, tendientes a fortalecer las agrupaciones políticas, entre otras cosas, con la exigencia de disciplina a sus integrantes y la imposición correlativa de sanciones ante el incumplimiento de los deberes de pertenencia a la colectividad correspondiente.

La doble militancia, se configura entonces, como una limitación de origen constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de varios partidos, movimientos y agrupaciones políticas de forma simultánea. Tal libertad debe estar relacionada estrechamente con el principio democrático representativo, que exige la confianza recíproca entre el elector y el elegido. Como lo ha dicho la Corte Constitucional, la conducta desleal de la doble militancia política “(…) conduce a falsear la confianza del elector; a imposibilitar la realización del programa político que se comprometió a cumplir; a entorpecer el funcionamiento de las Corporaciones Públicas, y en definitiva, a atomizar la actividad política entre un universo de partidos políticos que no resultan ser representativos (...)”²⁴.

Por todo lo anterior, la proscripción de la doble militancia consagrada en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, en los términos del inciso segundo del artículo 2º, fue encontrada ajustada a la Carta Política por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011.

23 C-303 de 2010.

24 Sentencia C-342 de 2006.

A pesar de haber expuesto tímidamente esta Sala en la sentencia de 23 de febrero de 2007²⁵ su posición sobre las consecuencias de la doble militancia, solo fue a partir de su configuración como causal de anulación electoral introducida en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA– que la militancia múltiple tuvo efectos jurídicos graves respecto a quien estuviera incurso en ella. En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado entre el 2003 y el 2011, no aceptó consecuencias adversas para los elegidos popularmente que hubieren incurrido en tal conducta, con el preciso argumento de que las disposiciones constitucionales no contenían efecto alguno²⁶.

Posteriormente, la Sección Quinta con el nuevo precepto legal vigente del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, comenzó a analizar el fenómeno de la doble militancia como una de las causales de anulación de los actos administrativos de carácter electoral, determinando desde un principio las diferentes modalidades e individuos que se pueden presentar en la figura así²⁷:

i) Los ciudadanos: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”. (Inciso 2º del artículo 107 de la Constitución Política).

ii) Quienes participen en consultas: “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral”. (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política).

iii) Miembros de una corporación pública: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política).

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, **o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados**. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección

por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).

v) Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Y, aunque la Sala replanteó su concepción frente a la prohibición y sus consecuencias, adoptando una *“nueva visión sobre el verdadero significado de esa norma, a fin que cumpla la teleología para la cual fue prevista, esto es, el fortalecimiento y robustecimiento de los partidos y movimientos políticos, y que se garantice la disciplina que se predica de estas organizaciones políticas, respecto de quienes han sido elegidos con su aval y respecto de los electores que confiaron en el desarrollo del programa y que apoyaron con su voto una determinada orientación política”*²⁸, lo cierto fue que para esas fechas, no se presentaron fallos anulatorios de elecciones por la incursión en tal prohibición, habida cuenta que, tanto la Ley 1475 como la 1437 ambas de 2011, no eran aplicables a las situaciones electorales que habían comenzado a desarrollarse bajo la vigencia de las normas anteriores que no consagraban consecuencia jurídica alguna²⁹.

2.2.2.3. El caso concreto

En el asunto bajo examen, las imputaciones por DOBLE MILITANCIA realizadas por los demandantes al señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN se relacionan con la campaña realizada cuando fue candidato a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico para el periodo 2014-2018, a la cual se inscribió el 9 de diciembre de 2013 según consta en el Formulario E-6 CT visible a folios 16 y 17 del Expediente 2014-00041-00. De otro lado, como quedó claro en los acápites anteriores, las consecuencias jurídicas de la prohibición solo vinieron a quedar establecidas en la Ley 1475 que entró en vigencia el 14 de julio de 2011 y en la Ley 1437 que entró a regir el 2 de julio de 2012. A su turno, la Registraduría Nacional del Estado Civil al fijar el calendario

25 Exp. 2006-00018-00.

26 Ver entre otras sentencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 9 de julio de 2009 Exp. 2008-00308-01, 30 de mayo de 2009 Exp. 2007-00972-01, 1º de marzo de 2009 Exp. 2007-00242-01 y 13 de noviembre de 2008 Exp. 2007-00481-01.

27 Sentencia de 1º de noviembre de 2012, Exp. 2011-00311.

28 Sentencia de 7 de febrero de 2013, Exp. 2011-01466-01, M. P. Susana Buitrago Valencia.

29 Así se expuso en las sentencias de 7 de febrero de 2013, Exp. 2011-01466-01, 3 de mayo de 2013, Exp. 2011-00621-01, 25 de julio de 2013, Exp. 2011-01918-01 y 12 de septiembre de 2013, Exp. 2011-01739-01; y en la Aclaración de Voto a la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Exp. 2011-00775-02, Demandado: Alcalde del Municipio de Soacha, suscrito por quien hoy oficia como ponente, se expresó: “Pues, tal como se ha indicado ni en la fecha en que se le endilga la doble militancia, ni cuando inició la inscripción de candidaturas del proceso electoral se encontraba en el ordenamiento jurídico dicha consecuencia, y la jurisprudencia reiterada de esta Sección como ya se anotó señalaba hasta enero de 2013, que la doble militancia no era causal de inelegibilidad, por lo tanto sus decisiones fueron cimentadas en esta confianza, que no se puede vulnerar imponiendo una sanción que no estaba establecida”.

electoral para las elecciones a Congreso y Parlamento Andino en el año 2014, determinó que la inscripción de candidatos se iniciaba el 9 de noviembre de 2013³⁰.

Así las cosas, la restricción de **apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados** consagrada en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, en la variante relacionada con los aspirantes a **ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular**, opera evidentemente desde cuando es candidato oficialmente inscrito por el partido o movimiento político o grupo significativo de ciudadanos hasta el día de las elecciones, presentándose, en caso de resultar elegido el aspirante, la consecuencia jurídica consagrada en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

Lo anterior se evidencia como una de las tantas manifestaciones de garantía y protección del fin constitucional perseguido de fortalecer las agrupaciones políticas, basado en el aumento del estándar de disciplina de sus miembros e integrantes³¹. Como se observa, el dispositivo legal se dirige concretamente a un subgrupo perfectamente definido y sujeto a unas especiales restricciones. Así lo ha advertido el Tribunal Constitucional al decir³²:

“A efectos de aplicar la prohibición de doble militancia es necesario distinguir entre los distintos destinatarios del precepto. De un lado están los ciudadanos, titulares de derechos políticos y quienes frente al sistema de partidos se encuadran exclusivamente en el ejercicio del derecho al sufragio. De otro, están los miembros de partidos o movimientos, también denominados militantes, quienes hacen parte de la estructura institucional de esas agrupaciones y, por ende, están cobijados por algunos de los derechos y deberes que las normas estatutarias internas le imponen, en especial la posibilidad de participar en sus mecanismos democráticos internos. **Finalmente, están los integrantes de los partidos o movimientos, quienes además de pertenecer a la agrupación política, ejercen cargos de elección popular, bien sea uninominales o corporativos. Estos ciudadanos están vinculados jurídicamente tanto con la totalidad de las normas estatutarias del partido, como con los preceptos constitucionales y legales que establecen las distintas esferas de la disciplina de partidos**, en especial el régimen de bancadas, aplicables a los integrantes de corporaciones públicas

Para la Corte, son los integrantes de los partidos los destinatarios particulares de la prohibición de doble militancia, puesto que (i) una concepción diferente configuraría una interdicción desproporcionada al derecho político al voto libre; y (ii) son esos integrantes,

en virtud del régimen jurídico que les es aplicable, quienes tienen un deber más específico y de mayor peso en lo que refiere a la disciplina de partido. Ello en el entendido que la vinculación con los objetivos programáticos, principios ideológicos y decisiones políticas internas democráticamente adoptadas, tiene una mayor vinculación para los servidores elegidos como parte de listas avaladas por partidos y movimientos políticos que se definen –y obtienen respaldo electoral entre los ciudadanos–, en razón de su adscripción a tales parámetros. Igualmente, vistas las condiciones deliberativas que impone el régimen de bancadas, la vocación de permanencia en un solo partido o movimiento político es un presupuesto ineludible para el normal funcionamiento de las corporaciones públicas y, en últimas, para el ejercicio ordenado y eficiente de la democracia participativa en dichas instancias de decisión política”. **Subrayas y negrillas fuera de texto.**

Y con anterioridad en la sentencia C-342 de 2006 la misma Corporación, al examinar el régimen de bancadas afirmó que:

“(…) la prohibición de la doble militancia presenta unas características propias cuando los destinatarios de la misma son los miembros de las Corporaciones Públicas o quienes son titulares de un cargo de elección popular, por cuanto, si bien se trata igualmente de ciudadanos que pertenecen a un determinado partido o movimiento político, están llamados a representar y a defender, organizados como bancada, una determinada ideología y un programa político en el seno de un órgano colegiado o desde el Gobierno nacional, departamental o municipal, según sea el caso. De allí que la interdicción constitucional de la doble militancia en estos casos, no solamente sea más severa, sino que trascienda el simple ámbito de regulación interna de los partidos políticos, para desplegar todo su sentido y efectos en el adecuado y racional funcionamiento de los órganos de representación popular. En otras palabras, desde un punto de vista formal, la mencionada prohibición busca evitar la pertenencia simultánea del elegido a dos partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, y por ende, a dos bancadas; desde una aproximación material, la interdicción conlleva a que el representante no ejerza activismo en defensa de los programas, idearios o ideologías de dos organizaciones políticas al mismo tiempo. Tal prohibición, por lo demás, tiene como corolario la sanción del “transfuguismo político”, fenómeno que afecta el normal desarrollo de la actividad del Congreso de la República, o en su caso, de las Asambleas Departamentales, los Concejos Distritales y Municipales y las Juntas Administradoras Locales. Así pues, no se trata tan solo de un asunto de lealtad para con la organización política que llevó al candidato a la curul, sino que está de por medio el racional funcionamiento de una Corporación Pública”.

30 Consulta realizada en la página web de la entidad www.registraduria.gov.co/Calendario-electoral-2014-Congreso.html

31 Ver sentencia C-303 de 2010.

32 C-334 de 2014.

Como se observa, tanto las normas constitucionales como la estatutaria consagran una regla más estricta sobre la doble militancia en tratándose de directivos de los partidos o movimientos políticos, o de quienes hayan sido elegidos o **aspiren a ser elegidos a cargos o corporaciones de elección popular**, por cuanto tienen el deber de pertenecer al partido o movimiento político mientras ostenten la investidura o cargo y, en caso de postularse a la siguiente elección **tienen prohibido apoyar aspirantes de otras colectividades políticas**.

Ahora bien, el supuesto de hecho elevado a causal de anulación electoral en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437, fue objeto de control de constitucionalidad, pronunciamiento en el cual se concluyó que se incurre en doble militancia hasta antes de las elecciones y no en el momento de las mismas. Así razonó la Corte Constitucional:³³

“En vista de las anteriores circunstancias, para el análisis de la expresión demandada son relevantes dos hipótesis de doble militancia, las que corresponden a **los candidatos** y a los directivos de los partidos o movimientos políticos que se inscriban como candidatos. En ambas hipótesis **se incurre en doble militancia con anterioridad a las elecciones y no en las elecciones o al momento de las elecciones**. Por lo tanto, es evidente que **el candidato no puede incurrir en doble militancia en el momento de la elección, sino antes, ni incurre en doble militancia al momento de la elección, sino dentro del proceso electoral en el que dicha elección tiene lugar, específicamente al momento de la inscripción**”.

Negrillas y subrayas fuera de texto.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, en el presente asunto, como se estableció al comienzo de este acápite, al demandado solo pudo imputársele doble militancia, según la variante explicada, desde el 9 de diciembre de 2013, fecha en que se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el Partido Liberal Colombiano hasta el 9 de marzo de 2014, día en que se celebraron los comicios electorales.

Corresponde ahora a la Sala establecer si dentro de ese periodo de acuerdo con los hechos demostrados dentro del proceso, el señor GÓMEZ AMÍN incurrió en la práctica proscrita de apoyar candidatos pertenecientes a otras agrupaciones políticas, circunstancia que lo ubicaría en la causal de anulación consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA. Los demandantes sostienen que el señor GÓMEZ AMÍN violó la prohibición legal porque apoyó a candidatos de diferentes agrupaciones políticas diferentes al Partido Liberal Colombiano, argumento que pretenden demostrar con varias copias de fotografías y algunos testimonios.

Respecto al material fotográfico merece la pena advertir que conforme con la posición jurisprudencial no solo de la Sección

Quinta sino de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado³⁴, no podrán ser valoradas toda vez que no hay certeza sobre la persona que las realizó, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas y que determinarían su valor probatorio. Carecen de mérito probatorio, pues solo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen ni el lugar ni la época en que fueron tomadas o documentadas, y menos se tiene certeza sobre el sitio en el que en ellas aparece. Por otra parte al realizar el cotejo con los testimonios obrantes en el plenario, conforme lo enseña la valoración basada en el principio de la sana crítica, el testigo Gustavo de Rafael de la Rosa Lascarro (fl. 349 a 352 Exp. 2014-00041-00), no logra establecer con convicción y certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos fotografiados³⁵.

En estos términos y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil³⁶, hoy en día 244 del Código General del Proceso, las mencionadas fotografías no pueden ser consideradas como documentos auténticos.

De igual manera, las fotografías por sí solas no demuestran el real apoyo o respaldo en los términos precisos de la DOBLE MILITANCIA atrás explicados, por cuanto el apoyo, respaldo o colaboración en el ámbito político no logra evidenciarse con la mera imagen del candidato demandado en un escenario donde al parecer existía propaganda política de otros candidatos.

A su turno, al contrastar las afirmaciones de la parte demandante con los testimonios recaudados, lo que se demuestra es que el señor GÓMEZ AMÍN nunca manifestó expresa o tácitamente su soporte a candidaturas que no fueran del Partido Liberal Colombiano, como lo corroboraron en sus declaraciones los señores Horacio Serpa Uribe, Juan Manuel Galán Pachón, Victoria Eugenia Vargas Vives y Roberto Rafael Cervantes Barraza (fls. 380 a 392, 421 a 423 y 440 a 442 Exp. 2014-00041-00).

En efecto, en el testimonio rendido por el señor Horacio Serpa Uribe integrante del Partido Liberal Colombiano, ante la pregunta del apoderado del demandado sobre el apoyo del doctor Gómez Amín a su candidatura al Senado contestó (fls. 380 a 387 Exp. 2014-00041):

“Sí, por supuesto. Y ese era el objetivo principal de esa importante concentración política, en la que repito, el doctor Gómez no solamente se refirió en términos muy afectuosos y solidarios conmigo, sino que hizo expresa manifestación de solidaridad y de adhesión a mi causa política”.

En la declaración del Senador Juan Manuel Galán Pachón miembro

33 Fundamento jurídico número 4.4.8. de la sentencia C-334 de 2014.

34 Ver entre muchas, sentencias de Sección Tercera de 10 de marzo de 2011 y de la Sección Primera de 30 de agosto de 2007 y 25 de marzo de 2010.

35 Ver entre otras, sentencia de Sección Tercera de 13 de mayo de 2014, Exp. 23028.

36 Según el texto de esta disposición: “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”.

del Partido Liberal Colombiano ante la pregunta sobre el apoyo mutuo de las campañas del Senador Galán y el Representante Gómez Amín respondió (fls. 388 a 391 Exp. 2014-00041):

“En dicha reunión los asistentes me expresaron su respaldo en mi aspiración al Senador (sic) de la República para el periodo 2014-2018, como también el respaldo a la aspiración del doctor Mauricio Gómez en su propósito de llegar a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico para ese mismo periodo. No solamente hicimos una distribución de publicidad, tanto de la campaña del doctor Mauricio Gómez como de la mía, y, varios de los asistentes nos solicitaron conjuntamente al doctor Mauricio Gómez y al suscrito tomarnos fotografías que pueden ser consultadas en redes sociales como Facebook”.

Y en el testimonio de la señora Victoria Eugenia Vargas Vives, frente al interrogante sobre la formalización de la llave al Senado de la República y a la Cámara de Representantes entre la declarante y el señor GÓMEZ AMÍN contestó fls. 421 a 423 Exp. 2014-00041):

“Sí en esa reunión celebrada en el Hotel El Prado en que hubo una rueda de prensa se manifestó, como ya lo mencioné, el apoyo que Mauricio Gómez me daba a mí al Senado de (sic) República y yo a él para la Cámara de Representantes, como fórmula al Congreso de la República por el Partido Liberal”.

Como se recoge de los testimonios transcritos, las afirmaciones de los tres testigos son coincidentes en afirmar el desarrollo de la campaña del demandado GÓMEZ AMÍN al interior del Partido Liberal Colombiano, y, su asistencia a sucesivas reuniones con varios aspirantes al Senado de la República por esa misma agrupación política.

Por su parte, en el testimonio el 12 de febrero de 2015 rendido por el señor Gustavo de la Rosa Lascarro identificado con la cédula de ciudadanía 8.688.129, se afirmó que³⁷:

“(…) DE **CIRCUNSTANCIAS NOTORIAS** EN TODO EL DEPARTAMENTO Y EN ESTA CIUDAD, QUE EL SEÑOR ACEPTÓ EL RESPALDO DE LOS CANDIDATOS DEL SR. JOSÉ DAVID NAME CARDOSO Y MIGUEL AMÍN SCAFT, ARTURO CHAR, COSAS QUE NO INVENTO YO, QUE PUEDO DEMOSTRARLO, MEDIANTE FOTOGRAFÍAS (….) NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DE TEXTO

Observa así la Sala que el propio deponente recurre para soportar su dicho, a unas llamadas “circunstancias notorias” y a fotografías, lo que denota su falta de conocimiento y convicción inmediata, directa y personal sobre los hechos sobre los cuales declara. Ante la pregunta del apoderado de la parte actora al testigo sobre si le constaba que el Representante a la Cámara demandado apoyó a otros candidatos al Senado como José David Name o Miguel Amín respondió:

“me consta como lo he podido demostrar con las evidencias que acabo de anexar al expediente (...). Porque son evidencias que se bajaron de la página web del candidato de la página de Gómez y ahí encontré las fotografías colgadas (sic)”.

Y frente al interrogante del apoderado de la parte demandada sobre si le constaba y en caso positivo las fechas en que el demandado participó en reuniones con el Senador Char del Partido Cambio Radical contestó:

“fechas precisarlas no, pero los testimonios que yo doy los (sic) en base en información que se encuentra en los medios de comunicación. No me consta”.

De igual manera, se le indagó sobre si le constaba que la elaboración de los avisos que aparecen en las fotografías aportadas, hubieren sido ordenados por el demandado, y si dentro de una de las fotografías allegadas podía identificar a la persona que acompañaba al candidato Gómez Amín, ante lo cual afirmó “no me consta” y “no” respectivamente.

Para la Sala resulta evidente que en estas respuestas el declarante reafirma que su conocimiento sobre los hechos no proviene de manera directa de su percepción o porque hubiere asistido o presenciado personalmente las reuniones a que alude, sino que se basa en otros elementos que no tienen vocación de transmitir convicción.

Finalmente en el relato de los hechos realizados por el testigo Roberto Rafael Cervantes Barraza, este anotó (fls. 440 a 442 Exp. 2014-00041):

“Bajo ninguna circunstancia el aspirante y hoy Representante a la Cámara (sic), sugería, indicaba u ordenaba que las personas invitadas o que hicieran parte del público, votaran por un candidato diferente a los avalados por el partido liberal para Senado.
(…)

Y agregó:

“Cuando nosotros llegamos, encontramos que en el kiosko estaban unos afiches del senador José David Name Cardozo, aclaro que él nunca estuvo en la reunión. Nosotros como era lo habitual, ambientamos con afiches y pendones de nuestro candidato Gómez Amín. Para efectos de no herir susceptibilidades y ponderar el ejercicio de la democracia, respetando las decisiones del electorado, no nos atrevíamos a quitar ningún elemento que representara propaganda de otros candidatos, pero repito, jamás el doctor Gómez Amín compartió (sic) se mostró en simpatía con alguna candidatura diferente a las avaladas por el partido liberal, (...).”

37 Ver folios 358 a 361 Exp. 2014-00041.

Como se observa, el testigo Cervantes Barraza que era el coordinador en el municipio de Sabanalarga de la campaña del señor GÓMEZ AMÍN, tuvo conocimiento directo y asistió a varias reuniones con el entonces candidato, en las cuales se percató *in situ* de sus actuaciones en las cuales reiteraba su pertenencia al Partido Liberal Colombiano y su apoyo y respaldo solo a candidatos de la misma agrupación. Inclusive en el hecho relatado en su testimonio, en el cual admite la presencia de unos afiches de un candidato de otro partido político, deja claro por conocimiento directo como organizador y gestor de la reunión, que el señor GÓMEZ AMÍN NO expresó pública ni privadamente su apoyo a candidatos de otros partidos políticos.

Por lo anterior, la Sala concluye que el cargo relacionado con la DOBLE MILITANCIA como causal de anulación del acto de elección consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA no tiene vocación de prosperidad.

Con fundamento en todo lo expuesto, se negaran las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra la misma no procede recurso alguno.

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

FALLA:

Primero: Negar las pretensiones de las demandas de nulidad electoral acumuladas, promovidas por Luis Alfonso Ruiz y otros en contra de la elección como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico del señor MAURICIO GÓMEZ AMÍN.

Segundo: Advertir a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Alfredo Beltrán Sierra

Augusto Hernández Becerra

Alberto Yepes Barreiro

Conjuez

ALCALDE - Periodo es institucional / PERIODO INSTITUCIONAL - Alcaldes distritales y municipales / GOBERNADOR - Periodo institucional - PERIODO INSTITUCIONAL - Gobernadores

El artículo 314 de la Constitución Política de manera enfática señala que: “Artículo 314. Modificado por el art. 3º, Acto Legislativo 02 de 2002. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes. La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución”. Mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2002 se reformaron distintas normas constitucionales en relación con los gobiernos departamentales y municipales. Así, en el citado Acto Legislativo se decidió que los gobernadores y los alcaldes, al igual que los diputados a las asambleas departamentales, los concejales municipales y distritales y los miembros de las Juntas Administradoras Locales serán elegidos por un período de cuatro (4) años. Igualmente, en la enmienda constitucional se consagró que los períodos de los gobernadores y los alcaldes serían institucionales. Para el efecto se determinó que cuando se presente una falta absoluta en una gobernación o en una alcaldía y faltaren más de 18 meses para culminar el período de Gobierno, se elegirá un nuevo gobernador o alcalde para el tiempo restante. Si la falta se presenta dentro de los 18 meses anteriores a la terminación del período, el Presidente de la República o el gobernador designarán al gobernador o al alcalde, respectivamente, para lo que reste del período, para lo cual deberán respetar el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador o alcalde que ha generado la falta absoluta. La Ley 1475 de 2011, en su artículo 29 - párrafo 3º, reglamentó tal situación. Ahora bien, para el año 2002 más de 100 municipios del país contaban con períodos atípicos respecto de sus alcaldes, los cuales no coincidían con los de la generalidad de los mandatarios locales de Colombia. Consciente de la anterior situación, en el artículo 7º del Acto Legislativo N° 02 de 2002, el Congreso de la República estableció un régimen de transición para lograr paulatinamente que los períodos de todos los gobernadores y alcaldes se ajustaran al período institucional de 4 años. De acuerdo con este artículo, todos los alcaldes y gobernadores que iniciaran sus períodos de Gobierno entre el momento de promulgación del Acto Legislativo 02 de 2002 -es decir, el 7 de agosto de 2002- y el 31 de diciembre de 2003 no gobernarían durante un período completo, puesto que ellos ejercerán sus funciones “por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007”. En igual

situación se encontraron los que los sucedieron a aquellos en el cargo, pues fueron elegidos para “un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007”. Diferente fue la situación para los alcaldes y gobernadores que fueron elegidos luego de las elecciones territoriales generales del 29 de octubre de 2000 y antes del 7 de agosto de 2002. Ellos gobernaron por un período de tres (3) años y sus sucesores lo hicieron hasta el día 31 de diciembre de 2007. De esta forma, el 1º de enero de 2008, se posesionaron todos los alcaldes y gobernadores del país, para un período de Gobierno institucional y general de cuatro años. Estos gobernadores y alcaldes fueron elegidos el último domingo del mes de octubre de 2007.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 314 MODIFICADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2002 - artículo 3

ALCALDES LOCALES DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS - Periodo

La Ley 768 de 2002, por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, respecto del período de los alcaldes locales prevé lo siguiente: “Artículo 5º. Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde mayor de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local, en Asamblea Pública, citada por el alcalde mayor y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros. La primera citación a tal asamblea la realizará el alcalde mayor en un término no mayor de dos (2) meses, luego de crearse las localidades y, en los períodos sucesivos de posteriores administraciones distritales, se harán dentro de los dos (2) primeros meses luego de la posesión de cada alcalde mayor. Para la integración de la terna se empleará el sistema del cociente electoral. Parágrafo. Para ser alcalde local se debe cumplir con los requisitos que la ley exige para desempeñar el cargo de alcalde mayor. El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial. Su período será el del alcalde mayor y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del Distrito. La citada disposición de manera clara consagra que para ser alcalde local se debe cumplir con los mismos requisitos que se exige para desempeñar el cargo de Alcalde Mayor. Que, asimismo, son nombrados por este, que su período es igual al del alcalde distrital y que el Concejo es el competente para reglamentar sus funciones y fijar su asignación salarial.

Fuente formal: Ley 768 DE 2002

ALCALDE LOCAL DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA - Su periodo es igual al de su nominador / ALCALDE LOCAL - Su periodo corresponde al periodo de su nominador

En el presente caso está demostrado que el señor Alberto Rafael Barboza Senior, quien suscribió el acto acusado, fue elegido como Alcalde Distrital de Cartagena para un período

atípico comprendido entre el 18 de noviembre de 2003 y el 8 de diciembre de 2005, toda vez que su elección tuvo lugar entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en concreto, el día el día 26 de octubre de 2003. Mediante el Decreto No. 0581 de 2004, se reglamentó el sistema desconcentrado de las localidades en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena. Tal normativa en el artículo 12 en relación con los alcaldes locales dispuso que: "Artículo 12. Cada localidad tendrá un Alcalde Local que será nombrado por el Alcalde Mayor, para un período de cuatro años, de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local en asamblea pública, citada por el Alcalde Mayor y que deberá tener quorum con no menos del ochenta (80%) de sus miembros". Es decir, esta disposición, consagra las siguientes reglas: i) Cada localidad del Distrito de Cartagena tendrá su respectivo alcalde local ii) Este será nombrado por el alcalde mayor de una terna que para tal efecto elaborara la correspondiente Junta Administradora Local en audiencia pública y con un quorum no inferior al 80% de los miembros de esa Corporación iii) Los alcaldes locales tendrán un período de cuatro años, esto es el mismo del alcalde mayor. A juicio de la Sala, una interpretación armónica y sistemática del ordenamiento jurídico, permite concluir que el hecho de que la citada norma hubiese fijado un término de 4 años para los alcaldes locales, no desconoce el artículo 314 constitucional. Tampoco está en contravía del contenido del parágrafo del artículo 5º de la Ley 768 de 2002. Si bien la regla general es que el período de los alcaldes distritales sea de 4 años, caso en el cual para los alcaldes locales se predicaría el mismo término, es lo cierto que debido a circunstancias excepcionales (renuncia al cargo o declaratoria de nulidad de la elección, entre otras) puede presentarse que estos sean elegidos o designados única y exclusivamente para culminar un período ya iniciado. En esta hipótesis, donde el alcalde ejerce sus funciones por un término inferior a los 4 años, lo lógico es que los alcaldes locales que ha nombrado bajo su mandato permanezcan en el cargo por el mismo tiempo que su nominador. En conclusión, contrario a lo que plantea la demandante, la Sala considera que la regulación que contiene el artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, proferido por el Alcalde Distrital de Cartagena de Indias, se acompasa con las normas constitucionales y legales que prevén que el período de los alcaldes distritales y municipales es de cuatro años, período que, se repite, tiene unas excepciones, las cuales, como bien pone de presente el agente del Ministerio Público, "...deberán ser observadas en cada caso particular, esto es, respecto del respectivo nombramiento o elección que se realice en aplicación del artículo 314 constitucional". Por consiguiente, lo que se impone, es revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico, para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda. En consecuencia, se declara la legalidad del artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, pero condicionada al entendido de que el término de 4 años que contiene esa disposición debe comprenderse como la fijación del período que, dentro de condiciones generales y normales, debería tener el alcalde local al igual que el alcalde mayor.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 13001-23-31-000-2006-00239-01

Actor: Yenis Castillo Quintana

Demandado: Distrito Turístico y Cultural De Cartagena De Indias

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que presentó el apoderado del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias contra la sentencia de 18 de octubre de 2014 del Tribunal Administrativo de Bolívar - Subsección Especial de Descongestión, que declaró la nulidad parcial del Decreto No. 0581 del 9 de junio de 2004, proferido por el entonces Alcalde de Cartagena.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

La señora Yenis Castillo Quintana, en nombre propio, instauró demanda de nulidad simple contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, demanda en la que planteó la siguiente pretensión:

"Se sirvan decretar la NULIDAD DEL artículo 12 DEL DECRETO 0581 DE JUNIO 09 DE 2004, expedido por el señor Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, Alberto Barboza Senior.

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

- Que en las elecciones que se llevaron a cabo el día 26 de octubre de 2003, el señor Alberto Rafael Barboza resultó electo alcalde del Distrito de Cartagena, para un período atípico de 2 años y 20 días, entre "el 18 de noviembre de 2003 y el 8 de diciembre de 2005".

- Que la Ley 768 de 2002, por medio de la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, en su artículo 5º estableció que para ser alcalde local debe cumplir con los requisitos que la ley exige respecto del alcalde mayor y que el período será el mismo de este último.

- Que el artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004 contradice la citada norma, pues consagró que "...cada localidad tendrá un

alcalde local que será nombrado por el Alcalde Mayor, para un período de 4 años...

3. Normas violadas y concepto de la violación.-

El actor citó como infringidas las siguientes:

- Los artículos 2º, 6º, 23, 90, 121, 123 y 315 de la Constitución Política.
- El artículo 5º de la Ley 768 de 2002.

Según el actor, en el sub examine, el Alcalde de Cartagena no tenía la competencia para modificar el período que respecto de los alcaldes locales prevé la Ley 768 de 2002, pues la fijación del mismo es atribución exclusiva del legislador.

En consecuencia, es nulo el artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, pues *“... en la medida en que el período de los alcaldes se encuentra consagrado en la citada norma..., no tiene cabida en el orden legal que el representante legal de un municipio en sus actos administrativos interprete equivocadamente lo que ya está claro en el orden legal jerárquico e imperativo. [Que] sería competente para otorgarle periodicidad a los alcaldes locales más que nadie la Ley principal..., que dicta el Congreso, el cual una vez agotado todo su proceso legislativo y dado el caso si establezca un término preciso y establecido (sic) en fechas o años, abí si entraría el Alcalde Mayor a cumplir sus Decretos tal como lo dictamina la Ley”*.

4. Contestación de la demanda

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias contestó la demanda por intermedio de apoderado¹. Manifestó que algunos hechos de la demanda eran ciertos, que otros eran meras apreciaciones subjetivas del demandante y que otros no le constaban. Se opuso a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

-Que de acuerdo con la Ley 768 de 2002, el Concejo de Cartagena de Indias, mediante Acuerdo 006 de 2003, definió que en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias existirían tres localidades administrativas así: i) La Histórica del Caribe, ii) La Virgen y Turística y iii) La Industrial de la Bahía.

-Que, contrario a lo que sostiene el demandante, no existe violación de la Ley 768 de 2002, pues el Alcalde Mayor de Cartagena en el acto acusado estableció para los alcaldes locales un período de 4 años, que es el mismo que el artículo 314 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002, prevé para el Alcalde Mayor.

-Que entonces, no cabe la menor duda de que el Decreto No. 0581 de 2004 se expidió de acuerdo con la Constitución Política, la Ley 136 de 1994 y la Ley 768 de 2002. Máxime si se tiene en cuenta que dicha disposición tuvo como objeto reglamentar la

desconcentración del municipio en localidades administrativas, que era una de las prioridades del Gobierno municipal.

-Algo diferente es que al momento de la expedición del acto demandado, estuviera transcurriendo el período del alcalde Barbosa Senior que era atípico, pero que terminó el 8 de diciembre de 2005 en los términos del párrafo transitorio del Acto Legislativo 02 de 2002, razón por la cual no *“...tendría sentido alguno declarar la nulidad de la expresión “para un periodo de cuatro años” contenida en el artículo 12 acusado, si se tiene en cuenta que por disposición legal el período del Alcalde Mayor es de cuatro años”*.

5. Fallo impugnado

Mediante sentencia del 18 de octubre de 2014, el Tribunal Administrativo del Bolívar- Subsección Especial de Descongestión- anuló parcialmente el artículo 12 del Decreto 581 de 2004, en el aparte que prescribía *“...para un período de cuatro años”*. Como sustento de esa decisión, en síntesis, expuso:

- Que está comprobado que con ocasión de la renuncia del entonces alcalde de Cartagena (Nicolás Curi), el doctor Alberto Barboza Senior fue electo para un período atípico comprendido entre el 18 de noviembre de 2003 y el 8 de diciembre de 2005.

- Que *“...sin desconocer lo preceptuado de manera genérica en el artículo 314 constitucional, la situación del mencionada ex mandatario local, se ajustó al artículo séptimo - transitorio - del Acto Legislativo No. 02 de 2002, puesto que como alcalde inició su periodo de Gobierno entre la vigencia de dicho Acto (7 de agosto de 2002) y el 31 de diciembre de 2003, ejerciendo funciones de alcalde por un término equivalente a la mitad del tiempo que hiciera falta para llegar al 31 de diciembre de 2007 y, en todo caso, no superó los tres años de mandato”*.

- Que, entonces, indistintamente del período que el señor Barboza Senior ejerció como alcalde distrital, es claro que el artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004 no podía desconocer las previsiones que contiene la Ley 768 de 2002, que es enfática en señalar que el período de los alcaldes locales será el mismo que el del alcalde mayor.

- Que en el caso concreto, la presencia de un período atípico no puede constituir razón suficiente para soslayar *“...la ley específica de las alcaldías locales, so pretexto de una máxima que consagra un período institucional de 4 años (inciso 1º, artículo 314 constitucional, pues como la misma norma superior lo consagra más adelante, el período de un alcalde mayor, bien puede resultar truncado por diversas circunstancias”*.

1 Folios 126-131.

- Que incluso del sentido literal del artículo acusado se pone de presente que no es lo mismo que la norma haga alusión al período de Gobierno que establece como regla general el artículo 314 de la Constitución Política (4 años), a que se refiera específicamente al período atípico del entonces alcalde electo, que es lo que debió contemplar el Decreto No. 0581 de 2004.

6. Apelación

Mediante escrito que obra a folios 154-157 del expediente, el señor apoderado judicial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena impugnó la decisión de primera instancia.

En resumen, ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en el siguiente sentido:

"(...) El Decreto No. 0581 de 2004 suscrito por el doctor Alberto Barbosa Senior, para ese entonces Alcalde Mayor de Cartagena, quien fuera elegido para un periodo atípico, dispuso el periodo para los alcaldes locales de cuatro (4) años, periodo que es igual al de los Alcaldes Mayores, teniendo en cuenta la norma constitucional (art. 314. C. P.).

El Decreto se realizó para la reglamentación del sistema desconcentrado de las localidades del Distrito de Cartagena de Indias y el Fondo de Desarrollo Local, coincidiendo en ese momento de su expedición con el periodo atípico del Dr. Alberto Barbosa Senior, pero téngase en cuenta que al tenor literal del artículo 12 del Decreto tantas veces mencionado, se atiene a la disposición legal del periodo del Alcalde Mayor, la cual es de 4 años.

En consecuencia, al ser el periodo de los alcaldes locales igual al del alcalde mayor (Ley 768 de julio 31 de 2002) y ser el periodo del alcalde mayor por cuatro años (artículo 314 C. P., modificado por el artículo 3º del Acto Legislativo 02 de agosto 6 de 2002), no tendría razón de ser declarar la nulidad de la expresión "...para un periodo de cuatro años" contenida en el artículo 12, si se tiene en cuenta que por disposición legal el periodo del alcalde mayor es de cuatro años".

7. Trámite en segunda instancia

Una vez se efectuó el correspondiente reparto, por auto del 11 de febrero de 2015 se admitió el recurso de apelación². Posteriormente, por auto del 5 de marzo del mismo año³, se corrió traslado por el término de 10 días a las partes para que alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público emitiera el respectivo concepto.

² Folio 163.

³ Folio 165.

8. Alegatos de las partes en segunda instancia

Tanto la señora Yenis Castillo Quintana como la parte demandada guardaron silencio.

9. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, mediante concepto que obra a folios 168-175 del expediente, solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se denegaran las súplicas de la demanda. Como sustento de la petición, en síntesis, manifestó:

- Que la reglamentación que realizó el alcalde de Cartagena mediante el acto acusado, es una regulación general que comprende todo el sistema desconcentrado de las localidades de este Distrito, es decir, fue expedida para que rigiera no solo en el período para el cual elegido el doctor Barboza Senior, sino para que permaneciera vigente respecto de las futuras administraciones.

- Que el "...negocio bajo estudio contiene una situación totalmente diferente a la resuelta respecto a los periodos atípicos consagrados para el ejercicio de cargos tales como alcaldes y gobernadores, pues la norma demandada...lo que hace es reglamentar o regular una situación jurídica no de contenido particular, sino general, al señalar que el periodo de los alcaldes locales será de cuatro (4) años. Tal situación no vulnera el ordenamiento jurídico constitucional o legal, pues en efecto, el periodo de los alcaldes mayores, que es el mismo que el de los alcaldes locales, es de cuatro años y, además, tiene el carácter de institucional".

- Que dentro de ese contexto, contrario a lo expuesto por el demandante, no puede concluirse que el artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004 fijó para los alcaldes locales un periodo superior al que debían cumplir los alcaldes mayores cobijados por el régimen de transición que previó el Acto Legislativo 02 de 2002, sino que, por el contrario, dicha normativa debe entenderse como unas reglas generales que guardan consonancia con las normas constitucionales y legales que prevén que el período de los alcaldes es de 4 años, salvo que se presente alguna de las excepciones que consagran la Constitución Política o la Ley, las cuales deben ser analizadas teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada caso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 129 del C. C. A. en consonancia con el artículo 132 de

ese mismo estatuto⁴, que era la norma vigente al momento de interposición de la presente demanda-, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia del 18 de octubre de 2014 del Tribunal Administrativo del Bolívar - Subsección Especial de Descongestión, que declaró la nulidad parcial del artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, expedido por el Alcalde Distrital de Cartagena de Indias.

2. El acto acusado.

Es el Decreto No. 0581 del 2004, proferido por el Alcalde Distrital de Cartagena, por medio del cual se reglamenta el sistema desconcentrado de las localidades del Distrito de Cartagena de Indias y el Fondo de Desarrollo Local. En concreto, el artículo 12 que dispuso:

“Artículo 12. Cada localidad tendrá un Alcalde Local que será nombrado por el Alcalde Mayor, para un período de cuatro años, de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local en asamblea pública, citada por el Alcalde Mayor y que deberá tener quorum con no menos del ochenta (80%) de sus miembros.

3. Estudio de fondo del asunto.-

Corresponde a la Sala determinar si, como sostiene el actor, el Alcalde Distrital de Cartagena se extralimitó al consagrar en el artículo 12 del Decreto No. 0582 de 2004 que el término de los alcaldes locales será de 4 años, cuando, en realidad, en los términos de la Ley 768 de 2002⁵, los alcaldes locales tienen un período igual al del alcalde mayor.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará fundado en las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y el concepto del Ministerio Público.

⁴ Artículo 129. Competencia del Consejo de Estado en Segunda Instancia. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, ver nota de vigencia. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión (...)

Artículo 132. Competencia de los Tribunales Administrativos en Primera Instancia. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, ver Notas de Vigencia. El nuevo texto es el siguiente:> Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 1. De los de nulidad de los Actos Administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden Departamental, Distrital y Municipal, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes (...).”

⁵ Por medio de la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala, en primer lugar, tratará lo referente al período de los alcaldes en el ordenamiento colombiano, para luego analizar el caso concreto.

- Del período de los alcaldes en el ordenamiento jurídico colombiano

El artículo 314 de la Constitución Política de manera enfática señala que:

“ARTÍCULO 314. Modificado por el art. 3º, Acto Legislativo 02 de 2002.

En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución”.

Mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2002 se reformaron distintas normas constitucionales en relación con los gobiernos departamentales y municipales. Así, en el citado Acto Legislativo se decidió que los gobernadores y los alcaldes, al igual que los diputados a las asambleas departamentales, los concejales municipales y distritales y los miembros de las Juntas Administradoras Locales serán elegidos por un período de cuatro (4) años.

Igualmente, en la enmienda constitucional se consagró que los períodos de los gobernadores y los alcaldes serían institucionales. Para el efecto se determinó que cuando se presente una falta absoluta en una gobernación o en una alcaldía y faltaren más de 18 meses para culminar el período de Gobierno, se elegirá un nuevo gobernador o alcalde para el tiempo restante.

Si la falta se presenta dentro de los 18 meses anteriores a la terminación del período, el Presidente de la República o el gobernador⁶ designarán al gobernador o al alcalde,

⁶ Respecto de los alcaldes distritales, el artículo 10 de la Ley 762 de 2002, prevé:

respectivamente, para lo que reste del período, para lo cual deberán respetar el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador o alcalde que ha generado la falta absoluta.

La Ley 1475 de 2011, en su artículo 29 - párrafo 3º, reglamentó tal situación en los siguientes términos:

“Parágrafo 3º. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de faltas absolutas de gobernadores o alcaldes, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política”.

Con la referida reforma constitucional se puso fin a la diferencia interpretativa que existía entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado acerca de si el período de los gobernadores y alcaldes era institucional o individual. Mientras que la Corte aseguraba que los períodos eran individuales y que, por lo tanto, cuando se presentaba una falta absoluta se debían realizar siempre elecciones para un nuevo período de tres (3) años, que era el término de Gobierno antes de la reforma constitucional, el Consejo de Estado consideraba que los períodos eran institucionales y que, por lo tanto, las personas que fueran elegidas gobernarían únicamente durante el lapso faltante para la terminación del período de Gobierno.

Ahora bien, para el año 2002 más de 100 municipios del país contaban con períodos atípicos respecto de sus alcaldes, los cuales no coincidían con los de la generalidad de los mandatarios locales de Colombia. Consciente de la anterior situación, en el

“Artículo 10. Competencia Presidencial para la Designación del Reemplazo. <Ver Notas del Editor> El Presidente de la República será la autoridad competente para suspender o destituir al alcalde distrital, designar al Alcalde encargado en casos de falta temporal o absoluta y convocar a elecciones para elegir el nuevo alcalde mayor, cuando ello sea procedente.

En todos los casos en que corresponda al Presidente de la República designar el reemplazo del alcalde, deberá escoger a un ciudadano que pertenezca al mismo partido o movimiento político del titular”.

artículo 7º del Acto Legislativo N° 02 de 2002, el Congreso de la República estableció un régimen de transición para lograr paulatinamente que los períodos **de todos** los gobernadores y alcaldes se ajustaran al período institucional de 4 años.

Dicho artículo 7º del Acto Legislativo 02 de 2002, dispuso lo siguiente:

“Artículo 7º. La Constitución Política tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:

***Artículo transitorio.** Todos los Alcaldes y Gobernadores que inicien sus períodos entre la vigencia del presente Acto Legislativo (6 de agosto de 2002) y el 31 de diciembre del año 2003, ejercerán sus funciones por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007. Sus sucesores se elegirán para un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007.*

Todos los Gobernadores y Alcaldes elegidos con posterioridad al 29 de octubre del año 2000 y antes de la vigencia del presente Acto Legislativo, ejercerán sus funciones por un período de tres años. Sus sucesores se elegirán para un período que termina el 31 de diciembre de año 2007.

En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y departamentos del país, para períodos institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1º de enero del año 2008.

El período de cuatro años de los miembros de las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Ediles se iniciará el 1º de enero del año 2004”.

De acuerdo con este artículo, todos los alcaldes y gobernadores que iniciaran sus períodos de Gobierno entre el momento de promulgación del Acto Legislativo 02 de 2002 -es decir, el 7 de agosto de 2002- y el 31 de diciembre de 2003 no gobernarían durante un período completo, puesto que ellos ejercerán sus funciones “por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007”¹.

1 Sobre el particular, el Consejo de Estado – Sección Quinta resolvió varias demandas de nulidad electoral en las que se analizó si el elegido estaba o no sujeto al inciso primero del artículo transitorio. Entre otros casos, en la sentencia del 16 de marzo de 2006, Exp. 2003-01386, al resolver, la demanda contra la elección del señor Ramiro Suárez Corzo como Alcalde del Municipio de Cúcuta, se dijo lo siguiente: “(...) La lectura del artículo transitorio del Acto Legislativo número 2 de 2002 muestra que, mientras se llega al 1º de enero de 2008, son dos los aspectos realmente relevantes para establecer si el periodo del alcalde debía contabilizarse a partir del 1º de enero respectivo. De un lado, es indispensable determinar si el periodo del alcalde cuyo cargo se va a proveer es atípico y, de otro, la fecha en la que el elegido debe iniciar el periodo y no la fecha de la elección. Luego, el argumento del demandado referido a la fecha de la elección impugnada, como las demás elecciones coincidentes, debe desestimarse.

Con todo, la conclusión expuesta podría refutarse con el argumento de que

En igual situación se encontraron los que los sucedieron a aquellos en el cargo, pues fueron elegidos para “*un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007*”.

Diferente fue la situación para los alcaldes y gobernadores que fueron elegidos luego de las elecciones territoriales generales del 29 de octubre de 2000 y antes del 7 de agosto de 2002. Ellos gobernaron por un período de tres (3) años y sus sucesores lo hicieron hasta el día 31 de diciembre de 2007.

De esta forma, el 1° de enero de 2008, se posesionaron todos los alcaldes y gobernadores del país, para un período de Gobierno institucional y general de cuatro años. Estos gobernadores y alcaldes fueron elegidos el último domingo del mes de octubre de 2007.

Por su parte, la Ley 768 de 2002, por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, respecto del período de los alcaldes locales prevé lo siguiente:

“Artículo 5°. Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde mayor de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local, en Asamblea Pública, citada por el alcalde mayor y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros.

La primera citación a tal asamblea la realizará el alcalde mayor en un término no mayor de dos (2) meses, luego de crearse las localidades y, en los períodos sucesivos de posteriores administraciones distritales, se harán dentro de los dos (2) primeros meses luego de la posesión de cada alcalde mayor. Para la integración de la terna se empleará el sistema del cociente electoral.

la posesión con fecha anterior a la iniciación del periodo para el que fue elegido el alcalde no tiene el efecto jurídico de modificar la convocatoria a elecciones, la inscripción de candidatos o la realización de los comicios electorales; o que la voluntad popular de elegir a un candidato para cierto periodo se impone como manifestación de la soberanía popular. Sin embargo, pese a la fuerza de la tesis, la Sala no la comparte por lo siguiente: En primer término, porque, de acuerdo con el artículo 7° y el transitorio del Acto Legislativo número 002 de 2002, la iniciación de periodo de un alcalde, el que normalmente se presenta con la posesión, resulta relevante para establecer si se trata de aquellos atípicos o de los que se inician el 1° de enero del año siguiente a la elección. ...

En segundo lugar, porque el principio de supremacía constitucional señalado en el artículo 4° de la Carta impone la aplicación preferente de la Constitución respecto de los actos administrativos que convocan a elecciones, autorizan la inscripción de candidatos o disponen la fecha en que se adelantan los comicios electorales. En tal virtud, si el Acto legislativo número 002 de 2002 señaló reglas de transición dirigidas a unificar el periodo de los alcaldes de todo el país, las autoridades electorales no pueden dejar de aplicar la regulación constitucional.

Incluso, a esas mismas conclusiones ya había llegado la Sala en anteriores oportunidades”.

Como el periodo del demandado es atípico y se inició entre la vigencia del Acto Legislativo No 2 de 2002 y el 31 de diciembre del año 2003, la Comisión Escrutadora Municipal de San José de Cúcuta debió declararlo elegido, conforme al artículo 7° del mencionado Acto Legislativo No. 2 de 2002, para un período equivalente a la mitad del tiempo que hiciera falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007; es decir, para un periodo de 24 meses y 16 días y no para el periodo de cuatro años comprendido entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007”.

*Parágrafo. Para ser alcalde local se debe cumplir con los requisitos que la ley exige para desempeñar el cargo de alcalde mayor. El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial. **Su período será el del alcalde mayor** y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del Distrito².*

La citada disposición de manera clara consagra que para ser alcalde local se debe cumplir con los mismos requisitos que se exige para desempeñar el cargo de Alcalde Mayor. Que, asimismo, son nombrados por este, que su período es igual al del alcalde distrital y que el Concejo es el competente para reglamentar sus funciones y fijar su asignación salarial.

Del caso concreto

En el presente caso está demostrado que el señor Alberto Rafael Barboza Senior, quien suscribió el acto acusado, fue elegido como Alcalde Distrital de Cartagena para un período atípico comprendido entre el 18 de noviembre de 2003 y el 8 de diciembre de 2005, toda vez que su elección tuvo lugar entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en concreto, el día el día 26 de octubre de 2003.

Mediante el Decreto No. 0581 de 2004, se reglamentó el sistema desconcentrado de las localidades en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena. Tal normativa en el artículo 12 en relación con los alcaldes locales dispuso que:

“Artículo 12. Cada localidad tendrá un Alcalde Local que será nombrado por el Alcalde Mayor, para un período de cuatro años, de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local en asamblea pública, citada por el Alcalde Mayor y que deberá tener quorum con no menos del ochenta (80%) de sus miembros”.

Es decir, esta disposición, consagra las siguientes reglas:

i) Cada localidad del Distrito de Cartagena tendrá su respectivo alcalde local

² Esta norma en la actualidad debe concordarse con lo que disponen los artículos 39 y 40 de la Ley 1617 de 2013, por medio de la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales, que a la letra dicen:

“Artículo 39. Cada localidad tendrá un alcalde local, que será nombrado por el alcalde distrital de terna elaborada por la correspondiente Junta Administradora Local, en asamblea pública, citada por el alcalde distrital y que deberá tener quórum con no menos del ochenta por ciento (80%) de sus miembros.

Para la integración de la terna se usará el sistema de cociente electoral. Luego de crearse las localidades, el alcalde distrital en un término no mayor de dos (2) meses hará la primera citación a tal asamblea y en los períodos sucesivos de posteriores administraciones distritales, se harán dentro de los dos (2) primeros meses luego de la posesión de cada alcalde distrital.

Artículo 40. Requisitos para ser Alcalde Local. Para ser alcalde local se debe cumplir con los mismos requisitos que el alcalde distrital. El concejo distrital reglamentará sus funciones y asignación salarial, inhabilidades, incompatibilidades y todo lo relacionado con el cargo conforme a las disposiciones legales vigentes. Su período será el del alcalde distrital y el costo de estas asignaciones salariales será cubierto por los recursos propios del distrito”.

ii) Este será nombrado por el alcalde mayor de una terna³ que para tal efecto elaborara la correspondiente Junta Administradora Local en audiencia pública y con un quorum no inferior al 80% de los miembros de esa Corporación

iii) Los alcaldes locales tendrán un período de cuatro años, esto es el mismo del alcalde mayor.

A juicio de la Sala, una interpretación armónica y sistemática del ordenamiento jurídico, permite concluir que el hecho de que la citada norma hubiese fijado un término de 4 años para los alcaldes locales, no desconoce el artículo 314 constitucional. Tampoco está en contravía del contenido del parágrafo del artículo 5º de la Ley 768 de 2002.

Si bien la regla general es que el período de los alcaldes distritales sea de 4 años, caso en el cual para los alcaldes locales se predicaría el mismo término, es lo cierto que debido a circunstancias excepcionales (renuncia al cargo o declaratoria de nulidad de la elección, entre otras) puede presentarse que estos sean elegidos o designados única y exclusivamente para culminar un período ya iniciado.

En esta hipótesis, donde el alcalde ejerce sus funciones por un término inferior a los 4 años, lo lógico es que los alcaldes locales que ha nombrado bajo su mandato permanezcan en el cargo por el mismo tiempo que su nominador.

Lo anterior resulta aún más claro si se tiene en cuenta que por razones de gobernabilidad y de ejecución de los respectivos planes de Gobierno, el nuevo mandatario, según las atribuciones que le confiere el artículo 39 de la Ley 1617 de 2013, por medio de la cual se expide el Régimen para los Distritos Especiales, dentro de los dos meses siguientes a su posesión tiene la facultad de nombrar en el cargo de alcalde local a quien considere idóneo para el ejercicio de tal dignidad.

Una interpretación en contrario implicaría que al alcalde reemplazante (sea elegido o designado según el caso) se le impondría una camisa de fuerza en lo que a la designación de los alcaldes locales atañe, pues no podría remover los nombrados por el alcalde primigenio, toda vez que se predicaría de ellos un período de 4 años a pesar de que su nominador estuvo en el cargo por menos tiempo.

3 Sobre el particular, es necesario precisar que La Ley Estatutaria No. 581 de 2000, que reglamentó la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de las diferentes ramas y órganos del poder público, es enfática en prescribir en su artículo 6º que en la conformación de ternas se incluyera el nombre de al menos una mujer, por ejemplo en el caso de la designación de los alcaldes locales. Así mismo, dispuso que cuando la elección emplee el sistema por listas en esta se considerarán igual proporción de mujeres y de hombres, verbi gracia, cuando el Consejo Superior de la Judicatura elabora las listas para que la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, respectivamente, elijan los miembros de esas Corporaciones – artículos 231 y 256-2 de la Constitución Política. A la par de lo anterior, con la reforma que introdujo el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, expresamente se consagró que en tratándose del acceso a cargo públicos de elección popular de corporaciones públicas las listas donde se elijan 5 o más curules o las que se sometan a consulta deberán conformarse por un mínimo del 30% de uno de los géneros.

Ahora bien, en el caso concreto, acogiendo la postura del Ministerio Público y en aras de otorgarle una interpretación útil a la norma, debe entenderse que la finalidad del Decreto acusado fue establecer una regulación general respecto de los alcaldes locales del Distrito de Cartagena, sin tener en cuenta la particularísima situación que rodeaba al entonces alcalde Barboza Senior.

Es decir, el hecho de que la norma haga referencia expresa a un plazo de 4 años debe comprenderse como la fijación del período que, dentro de condiciones generales y normales, debería tener el alcalde local al igual que el alcalde mayor. Tal consagración, per se, a juicio de la Sala, no implica que se deje por fuera aquellas situaciones atípicas en las que, se reitera, el período del alcalde por circunstancias anómalas resulta inferior a los 4 años. Tampoco se evidencia que el acto demandado desconozca o se oponga a tales situaciones excepcionales que generan períodos “atípicos o de transición”.

Por el contrario, partiendo de un análisis lógico y coherente del asunto objeto de estudio, en especial, del artículo 314 constitucional, puede inferirse que la regla general es que tanto alcalde mayor como alcaldes locales permanezcan por 4 años, pero en caso de que se presenten situaciones sobrevinientes que generen falta absoluta del jefe de la administración distrital, según lo dicho anteriormente, los respectivos alcaldes locales permanecerá el mismo tiempo que el alcalde mayor esté en ejercicio de sus funciones, pues así lo prevé la citada norma constitucional y el parágrafo del artículo 5º de la Ley 768 de 2002.

A diferencia de lo que manifestó el a quo, esta Sala considera que en el sub examine no puede atenderse únicamente al sentido literal del artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004. Un análisis limitado bajo tal enfoque estaría descontextualizado respecto de la verdadera finalidad que buscaba la norma acusada. Por tanto, lo correcto es que se analice dicha disposición de manera sistemática y en conjunto con las disposiciones que regulan el tema referente al período de los alcaldes locales.

Sólo así es posible concluir, como, en efecto, lo hace la Sala, que si bien no es lo mismo que el artículo en cuestión hubiese hecho una alusión directa al período institucional que prevé el artículo 314 de la Constitución Política como regla general respecto del período de los alcaldes locales, es lo cierto que el establecimiento de período específico de 4 años - que se entiende como el período típico o normal-, de acuerdo con las razones expuestas en líneas anteriores, no constituye una diferencia trascendental de la cual se pueda advertir un claro desconocimiento del parágrafo del artículo 5º de la Ley 768 de 2002.

En conclusión, contrario a lo que plantea la demandante, la Sala considera que la regulación que contiene el artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, proferido por el Alcalde Distrital de Cartagena de Indias, se acompasa con las normas

constitucionales y legales que prevén que el período de los alcaldes distritales y municipales es de cuatro años, período que, se repite, tiene unas excepciones, las cuales, como bien pone de presente el agente del Ministerio Público, "...deberán ser observadas en cada caso particular, esto es, respecto del respectivo nombramiento o elección que se realice en aplicación del artículo 314 constitucional".

Por consiguiente, lo que se impone, es revocar la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico, para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda. En consecuencia, se declara la legalidad del artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, pero condicionada al entendido de que el término de 4 años que contiene esa disposición debe comprenderse como la fijación del período que, dentro de condiciones generales y normales, debería tener el alcalde local al igual que el alcalde mayor.

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. Revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Bolívar.

En su lugar, se NIEGAN las pretensiones de la demanda de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, se declara la legalidad del artículo 12 del Decreto No. 0581 de 2004, pero condicionada al entendido de que el término de 4 años que contiene esa disposición debe comprenderse como la fijación del período que, dentro de condiciones generales y normales, debería tener el alcalde local al igual que el alcalde mayor.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

Jaime Córdoba Triviño
Conjuez

Gabriel de Vega Pinzón
Conjuez

PARTIDOS POLÍTICOS - Recuento histórico / MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Recuento normativo / PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Definición

Los partidos políticos en el sentido moderno de la palabra, como lo explica Maurice Duverger, datan apenas de hace un siglo. En 1850 en ningún país del mundo existían partidos políticos como los conocemos hoy (excepto estado Unidos), y su desarrollo parece ligado al de la democracia, es decir a la extensión del sufragio popular y de las prerrogativas parlamentarias. El concepto de partido político ha ido variando cronológicamente en la medida que han ido variando los enfoques de la ciencia política, y aunque “toda aproximación conceptual adolecerá siempre, al igual que una teoría global sobre su origen, de una radical insuficiencia, que no es posible elaborar definiciones de los partidos políticos válidas para todo tiempo y lugar” hay algunas nociones de partido, como son: a) organizaciones que tienen como objetivo ejercer el poder en el seno de un Estado o un ente políticamente autónomo, b) agrupaciones de personas que tienen creencias, valores y actitudes similares, c) si pueden hacerlo, intentarán participar en los procesos electorales que se celebren, y d) utilizan medios legítimos para lograr sus objetivos. En la Constitución Política de 1991 se garantiza la participación democrática a todos los ciudadanos con diferentes instrumentos, entre los que se encuentra la facultad de organizarse en partidos políticos. El artículo 40 de la Carta consagra como fundamental el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que incluye específicamente la posibilidad de constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna. Asimismo el artículo 107 de la Carta Política garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos. En la Ley 130 de 1994 se definen los partidos y los movimientos políticos, como instituciones que reflejan el pluralismo político. Asimismo, la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos que consagra normas sobre la organización y funcionamiento de los partidos políticos, establece un margen de libertad y autonomía que solo se encuentra limitado a los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y que no contraríen la Constitución, la ley, las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, y las propias decisiones de sus autoridades internas. La Ley 1475 de 2011 Estatutaria de los Partidos Políticos, establece requisitos mínimos para su organización y funcionamiento, entre los que se destacan el respeto de los principios en los estatutos, la obligación del registro ante la organización electoral, y además particularidades como en el artículo 5° que ellos son “propietarios de su nombre”. Que este “no podrá ser usados por ningún otro partido u organización política reconocida o no. La denominación de un partido o movimiento deberá distinguirse claramente de la de cualquier otro ya existente”. Fuente formal: Constitución Política - artículo 107 / Ley 130 DE 1994 / Ley 1475 DE 2011

INHABILIDAD POR COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES - Presupuestos para su configuración / INHABILIDAD POR COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES - Inscripción de parientes a cargos de elección por el mismo partido o movimiento político que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha / SENADOR DE LA REPÚBLICA - No se demostró que en la elección de demandado se estructure la inhabilidad de coexistencia de inscripciones

El actor señala como causal de inelegibilidad como Senador a Juan Manuel Galán Pachón, la causal consagrada en el artículo 179 numeral 6 de la Constitución Política. Como ya ha sido indicado por esta Sección, para que se estructure esta inhabilidad se requiere: i) Que entre los inscritos exista el vínculo que estable la norma: matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. ii) Que la inscripción al cargo o como miembro de corporación pública de elección popular por parte de los parientes se haga por el mismo partido o movimiento político. iii)

Que la elección en la que participen se realice en la misma fecha y para la misma corporación pública. En la legislación colombiana, la creación, conformación, funciones y actuaciones, de un partido o movimiento político hacen parte de las garantías que enmarcan el ejercicio real y efectivo del derecho fundamental de participación política. Es así como, la Constitución y la ley plantean la posibilidad de constituir y conformar partidos sin mayores requerimientos, aunque para obtener beneficios como organización política (financiación y facultad de avalar candidatos), se requiere contar con la personería jurídica otorgada por la organización electoral, así establecido en el artículo 108 de la Constitución Política de 1991. Al igual que en el proceso radicado 2014-0113, contra Carlos Fernando Galán Pachón, por la misma causal, en el cual fue Ponente la Consejera Susana Buitrago Valencia, de conformidad con las pruebas relacionadas aportadas, se puede concluir que los partidos políticos Cambio Radical y el Liberal Colombiano fueron creados en fechas diferentes, cada uno de ellos tiene su propia personería jurídica autónoma e independiente así como sus representantes legales son disímiles, todo ello reconocido mediante actos administrativos diferentes proferidos por el Consejo Nacional Electoral, que están vigentes y gozan de la presunción de legalidad. Así las cosas, no se configura la causal de inhabilidad invocada por el actor, puesto que no se cumple con uno de los componentes para que se estructure la inhabilidad, esto es, que se hayan inscrito por un mismo partido, pues como ya fue señalado en el fallo mencionado de 14 de mayo de 2015, y de acuerdo al material probatorio allegado a este plenario, está claro que los partidos Cambio Radical y Liberal Colombiano son distintos. De otro lado, ha sido reiterado por esta Corporación y Sección, que las inhabilidades, son excepciones que limitan los derechos fundamentales de igualdad, para acceder a cargos públicos y a elegir y ser elegido, y por ende su alcance debe ser interpretado restrictivamente. Entonces, el argumento planteado por el actor relacionado con que los partidos Cambio Radical y liberal Colombiano son el mismo si se analizan su origen y plataformas ideológicas, no es de recibo para esta Sala de decisión,

pues como ya se indicó la constitución, creación y conformación de los partidos políticos en la legislación colombiana es un derecho fundamental sin mayores restricciones, y estos tienen la posibilidad de avalar candidatos con el único requisito de contar con personería jurídica reconocida por el Consejo Nacional Electoral. En el caso concreto, los partidos en mención cuentan cada uno con personería jurídica reconocida actual y vigente al momento de la inscripción y elección de los candidatos cuestionados, por el Consejo Nacional Electoral, por ende, no se cumple con el componente de pertenecer al mismo partido para que se configure la inhabilidad deprecada. La causal inhabilitante invocada, en este punto, no admite ninguna consideración de tipo subjetivo, los dos partidos son diferentes de conformidad con la legislación y no hay lugar a realizar análisis o consideraciones para derivar otra conclusión.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 179 NUMERAL 6

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00095-00

Actor: Jorge Basto Prada

Demandado: Senador de la República

Procede la Sala a decidir la demanda que presentó el señor Jorge Basto Prada dirigida a obtener la nulidad de la Resolución No. 3006 del 17 de julio de 2014 proferida por el Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró la elección del señor Juan Manuel Galán Pachón como Senador de la República para el período 2014 - 2018.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Jorge Basto Prada radicó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad de conformidad con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la Resolución 3006 de 17 de julio de 2014, específicamente contra la elección del Senador de la República Juan Manuel Galán Pachón¹ y señala como pretensiones las siguientes:

“QUE EL CONSEJO NACIONAL - ELECTORAL - REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

¹ Inicialmente la demanda fue presentada contra Juan Manuel y Carlos Fernando Galán Pachón, y mediante auto de 27 de agosto de 2014, este Despacho ordenó separar las demandas y tramitar bajo este radicado únicamente contra Juan Manuel Galán Pachón excluyendo a Carlos Fernando Galán Pachón, y asignarle a una copia del escrito un nuevo número de radicación que se entendería dirigida únicamente contra Carlos Fernando Galán Pachón.

declaren nula la elección como senador(es) de la república del (los) señor (es) JUAN MANUEL GALÁN PACHÓN (y CARLOS FERNANDO GALÁN PACHÓN) para el periodo 2014-2018 de acuerdo con la causal 5 del artículo 275 Ley 1437 de 2011 y el artículo 179 numeral 6 de la Constitución Política de Colombia.

Que si las normativas sobre el particular lo permiten y de no hacerse efectiva la pretensión arriba solicitada, como sustituta de la misma, se declare nula la elección de uno de los dos mencionados señores por los mismos motivos expuestos”.

El demandante, a través del medio de control consagrado en el artículo 137 del CPACA solicita la nulidad de la elección del Senador Juan Manuel Galán Pachón por considerarlo incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179.6 de la Constitución Política que establece:

“No podrán ser congresistas:

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deba realizarse en la misma fecha”

Manifiesta el demandante que es de conocimiento público que los Senadores Juan Manuel y Carlos Fernando Galán Pachón son hermanos y miembros del mismo partido, puesto que a pesar de haberse inscrito por partidos políticos con personerías jurídicas diferentes (Liberal Colombiano y Cambio Radical) sus postulados, objetivos y documentos programáticos, tienen la misma plataforma ideológica liberal y, por ende, son del mismo partido.

Mediante Auto de 27 de agosto de 2014, este Despacho consideró que el estudio de las pretensiones no es susceptible de acumulación en la misma demanda, y por ende en el mismo proceso, razón por la cual ordenó darle trámite por separado a cada uno de los demandados, garantizando el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

2. De la admisión y contestación de la demanda

Mediante auto de 4 de septiembre de 2014, la Consejera Ponente resolvió admitir la demanda instaurada sobre la declaración de la elección de Juan Manuel Galán Pachón como Senador de la República y ordenó realizar las notificaciones que exige el artículo 277 del CPACA.

Dentro de la oportunidad legalmente establecida, el demandado, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Sostuvo que su defendido no se encuentra incurso en la inhabilidad que invoca el demandante –numeral 6 del artículo 179 Superior–, ni en ninguna otra.

Señaló que para que se configure la causal de inhabilidad se requiere que concurren tres supuestos: (i) que los candidatos estén vinculados entre sí por matrimonio, unión permanente, parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, (ii) que se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo y (iii) que la elección deba realizarse en la misma fecha.

Asimismo indicó, que el fin teleológico de esa restricción, es evitar que se utilice la fuerza electoral de uno de los congresistas “para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales”.

Manifestó que en el caso concreto no existe la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179.6 de la Carta Política, puesto que la inscripción de los candidatos se dio con el aval de partidos políticos distintos, que gozan de personería jurídica reconocida por el Consejo Nacional Electoral, y que sin mayores elucubraciones sobre los orígenes de los partidos Liberal Colombiano y Cambio Radical, sobre ideología y pensamiento político, es evidente de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 que se trata de partidos políticos diferentes.

La Registraduría Nacional del Estado Civil al contestar la demanda propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó que se le desvinculara del proceso de la referencia.

El Consejo Nacional Electoral en su condición de entidad que expidió el acto acusado no se pronunció.

3. De la audiencia inicial

Por auto del 20 de noviembre de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas se dispuso señalar como fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA, el 28 de noviembre 2014.

Comoquiera que el apoderado judicial del demandado solicitó el aplazamiento de dicha audiencia en razón a que no podía asistir a la misma en la fecha señalada, por auto de 27 de noviembre se fijó como nueva fecha para la audiencia inicial el 5 de diciembre de 2014 a las 9:30 a. m.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora del proceso no aceptó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, decisión que fue objeto del recurso de súplica por la apoderada de la entidad –por lo cual se suspendió el trámite de la diligencia– y confirmado por la Sala de súplica el 7 de mayo de 2015.

Una vez resuelto el recurso de súplica impetrado, nuevamente la Consejera Ponente citó para el 8 de julio de 2015 la continuación de la diligencia, en la que se precisó el problema jurídico a resolver en los términos que se señalan en el acápite siguiente de “Fijación del litigio”, se prescindió de la etapa

probatoria, puesto que no había pruebas que decretar y se ordenó correr traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público de conformidad con el artículo 179 del CPACA.

3.1. Fijación del litigio

“La elección del señor **Juan Manuel Galán Pachón** como Senador de la República por el partido Liberal Colombiano para el periodo 2014-2018 está viciada de nulidad porque se configura la causal de anulación electoral consagrada en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, por estar incurso en inhabilidad consagrada en el artículo 179 numeral 6º de la Constitución Política, al haber sido elegido en la misma fecha y por el mismo partido junto con Carlos Fernando Galán Pachón, con quién está vinculado por parentesco en segundo grado de consanguinidad”.

4. De las alegaciones de conclusión

4.1 El actor

Sostuvo² que el Senador Juan Manuel Galán Pachón fue avalado para ser Senador de la República en el periodo 2014-2018 por el movimiento denominado Cambio Radical (sic), colectividad históricamente determinada y reconocida en sus propios documentos programáticos como una escisión del Partido Liberal.

Que el Senador Galán Pachón debió meditar su aspiración al Senado de la República, toda vez que su hermano Carlos Fernando, también tenía aspiraciones para la misma Corporación Política, en el mismo periodo, por un partido originado en el suyo, con un mismo fundamento filosófico y programático, y que debió tener en cuenta la realidad social de los millones de colombianos pobres con ninguna probabilidad de ascenso social, y que duplicar esa posibilidad, de ser Senador de la República, para su familia va en detrimento de la sociedad colombiana.

Señaló que, si se realizara un análisis estadístico se arribaría a muchas preguntas que nos llevarían a indagar, incluso sobre la democracia en Colombia, como: el porcentaje de colombianos que votan para elecciones de Senado de la República, si varió o no el porcentaje de votantes para Senado de la República por el Partido Liberal después de aparecer el movimiento “Valdivieso presidente 98”, entre otras.

Indicó que según los planteamientos de Maurice Duverger, los partidos denominados Liberal y Cambio Radical tienen la misma génesis parlamentario-electoral cuyo mecanismo de creación es la creación de grupos parlamentarios y luego aparición de comités electorales, que se diferencian del Partido Conservador, puesto que obedecen a una concepción del mundo sustentada en la libertad individual con disposición al cambio.

² Entre otras afirmaciones que no tienen que ver con la causal de inhabilidad deprecada.

Considera que el comportamiento del Senador Juan Manuel Galán Pachón, al postularse para ese cargo al mismo tiempo que su hermano no se compadece con lo señalado en los artículos 13, 20 y 40 de la Carta Política.

Y por último manifiesta que, independientemente de la legalidad en el cumplimiento de los requisitos y demás formalidades para llegar a ser Senador de La República la realidad muestra claramente que se está frente a un mismo partido político.

4.2 El demandado

Por intermedio de su apoderado solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda porque el Senador Juan Manuel Galán Pachón no se encuentra incurso en causal de inhabilidad alguna.

Indicó que la causal de inhabilidad invocada por el actor se refiere a que los candidatos por parentesco en los grados a que establece la norma deben inscribirse por el mismo partido o movimiento político y en este caso no se configura.

Sostuvo que el pasado 14 de mayo de 2015, en la acción de nulidad 2014-00113, en contra del también Senador Carlos Fernando Galán Pachón, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Susana Buitrago Valencia, e incidencia directa en las resultas de este proceso, negó las pretensiones de la demanda y mantuvo en firme el acto de elección.

Señaló que objetivamente se encuentra acreditado que los hermanos Galán Pachón no se encuentran inmersos en causal de inhabilidad como lo demuestra la prueba documental aportada.

Por último trajo a colación, la sentencia AC 5439 de 3 de marzo de 1998, en la cual se concluyó que “para que la inhabilidad tuviera lugar se requería que los dos hermanos se hubieran inscrito o resultado elegidos por el mismo partido político”.

4.3. El Ministerio Público

Luego de referirse al fallo de 14 de mayo de 2015, proferido por esta Sección dentro del Proceso 2014-00113, planteó que de conformidad con los antecedentes jurisprudenciales y las normas, se puede concluir que la afirmación que hace el demandante, según la cual los partidos Cambio Radical y Liberal Colombiano son en el fondo uno solo, no es cierto, y por ser este un requisito *sine qua non* para la prosperidad de la decisión de nulidad, concluye que la misma no está llamada a prosperar.

4.4. La Registraduría Nacional del Estado Civil

La entidad, por intermedio de apoderada judicial, reitera que su función misional no consiste en el conteo y asignación del valor de los votos razón por la cual no está legitimada en la

causa, y por ende solicita nuevamente se decrete la prosperidad de la falta de legitimidad en la causa por pasiva.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3¹ del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13.4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999².

El acto acusado lo constituye la Resolución No. 3006 de 17 de julio de 2014, emitida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto a la elección del señor Juan Manuel Galán Pachón como Senador de la República para el período 2014-2018, visible a folios 28 a 49 del expediente.

El problema jurídico a resolver radica en determinar si el demandado estaba incurso en la inhabilidad que preceptúa el numeral 6 del artículo 179 superior por el hecho de que para las elecciones al Senado de la República celebradas el mismo día, su hermano Carlos Fernando Galán Pachón fue elegido Senador, a juicio del demandante por el mismo partido político.

1. De las pruebas relevantes que obran en el expediente

Conforme a las pruebas que presentaron las partes, demandante y demandado, se tiene acreditado:

- Que el señor Juan Manuel Galán Pachón, avalado por el Partido Liberal Colombiano participó y resultó elegido para el Senado de la República en las elecciones que se llevaron a cabo el 9 de marzo de 2014 (fls. 35, 162-165).
- Que el señor Carlos Fernando Galán Pachón con aval del Partido Cambio Radical participó y resultó elegido para el Senado de la República en las elecciones que se llevaron a cabo en la misma fecha (fls. 36, 162 y 166 -169).
- Que el Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución No. 04 de 1986 reconoció personería jurídica al Partido Liberal Colombiano (fls. 139-141).
- Que el Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución No. 1305 de 1997 reconoció personería jurídica al Movimiento Político “VALDIVIESO PRESIDENTE 98” (fls. 144-159).

1 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

2 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

- Que según certificación del Subsecretario del Consejo Nacional Electoral en actos administrativos posteriores a la citada resolución, se han registrado cambios de nombre de dicho movimiento político, ahora Partido Cambio Radical (fl. 161).
- Las plataformas ideológicas y los estatutos de los partidos Liberal y Cambio Radical (fls. 7-27).

2. De los partidos políticos

Los partidos políticos en el sentido moderno de la palabra, como lo explica Maurice Duverger³, datan apenas de hace un siglo. En 1850 en ningún país del mundo existían partidos políticos como los conocemos hoy (excepto estado Unidos), y su desarrollo parece ligado al de la democracia, es decir a la extensión del sufragio popular y de las prerrogativas parlamentarias.

El concepto de partido político⁴ ha ido variando cronológicamente en la medida que han ido variando los enfoques de la ciencia política, y aunque *“toda aproximación conceptual adolecerá siempre, al igual que una teoría global sobre su origen, de una radical insuficiencia, que no es posible elaborar definiciones de los partidos políticos válidas para todo tiempo y lugar”*⁵ hay algunas nociones⁶ de partido, como son: a) organizaciones que tienen como objetivo ejercer el poder en el seno de un Estado o un ente políticamente autónomo, b) agrupaciones de personas que tienen creencias, valores y actitudes similares, c) si pueden hacerlo, intentarán participar en los procesos electorales que se celebren, y d) utilizan medios legítimos para lograr sus objetivos.

En la Constitución Política de 1991 se garantiza la participación democrática a todos los ciudadanos con diferentes instrumentos, entre los que se encuentra la facultad de organizarse en partidos políticos. El artículo 40 de la Carta consagra como fundamental el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que incluye específicamente la posibilidad de **constituir partidos**, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna.

Asimismo el artículo 107 de la Carta Política garantiza a todos los ciudadanos el derecho a **fundar, organizar y desarrollar** partidos y movimientos políticos.

En relación con el derecho a constituir partidos y movimientos políticos, tal como fue señalado por esta Sección⁷ en anterior oportunidad, la Corte Constitucional ha considerado que este derecho es una manifestación activa del estatus de ciudadano, así⁸:

“El derecho a constituir partidos y movimientos políticos, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano colombiano, con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Este derecho es una manifestación activa del **estatus** de ciudadano, el cual comprende un conjunto de derechos y deberes que, en su conjunto, dan cuerpo y califican la relación de los nacionales con el poder político y describen una faceta de las personas como partícipes actuales o potenciales de la organización del Estado. La limitación del derecho analizado que se descubre en el artículo, se deriva, pues, de la relatividad de los derechos políticos que la misma Constitución establece”.

Asimismo en la Ley 130 de 1994⁹ se definen los partidos y los movimientos políticos, como instituciones que reflejan el pluralismo político, como sigue:

“Los **partidos** son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la nación.

Los **movimientos políticos** son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones”.

Frente a tales definiciones la Corte Constitucional¹⁰ ha sostenido que:

“La definición de partido que consagra el artículo 2 recoge, en lo esencial, las funciones sumariamente descritas, como quiera que la anterior relación de funciones, equivale a postular que en aquel se refleja el pluralismo político y, por su conducto, se promueve y encauza la participación de los ciudadanos y la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas. Con la constitucionalización de los partidos se pretende, entonces, establecer reglas de juego que permitan mejorar las condiciones de competencia pluralista, fundamento del sistema democrático, y con ello develar y controlar una actividad en la que se determina lo esencial del poder político y de la función pública.

(...)

3 Maurice Duverger. Los Partidos Políticos. Fondo de Cultura Económica. México. 2010. 244 págs.

4 Partidos Políticos y Sistemas de Partidos. Edición de Miguel Martínez Cuadrado y Manuel Mella Márquez. Editorial Trotta. Madrid. 2012.

5 Ídem.

6 Ídem.

7 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 2014-0113. Demandado Carlos Fernando Galán Pachón.

8 Sentencia C-089 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 “Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”.

10 Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El movimiento de tipo político, por su grado de organización y permanencia, está llamado a convertirse eventualmente en partido. La organización social, en cambio, mantiene sus propósitos políticos como objetivos que adquieren importancia coyuntural en la consecución de los fines de tipo social que posee la institución. El movimiento social no tiene el grado de organización del partido o de la organización social. Sus objetivos también son circunstanciales, pero su evolución puede derivar en un movimiento político”.

Asimismo, la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos¹¹ que consagra normas sobre la organización y funcionamiento de los partidos políticos, establece un margen de libertad y autonomía que solo se encuentra limitado a los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y que no contraríen la Constitución, la ley, las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, y las propias decisiones de sus autoridades internas.

La Ley 1475 de 2011 Estatutaria de los Partidos Políticos, establece requisitos mínimos para su organización y funcionamiento, entre los que se destacan el respeto de los principios en los estatutos, la obligación del registro ante la organización electoral, y además particularidades como en el artículo 5° que ellos son “*propietarios de su nombre*”. Que este “*no podrá ser usados por ningún otro partido u organización política reconocida o no. La denominación de un partido o movimiento deberá distinguirse claramente de la de cualquier otro ya existente*”.

2. De la decisión

El actor señala como causal de inelegibilidad como Senador a Juan Manuel Galán Pachón, la causal consagrada en el artículo 179 numeral 6° de la Constitución Política, que establece:

“El artículo 179 C. P. **No podrán ser congresistas:**
(...)

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, o movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones”.

Como ya ha sido indicado por esta Sección, para que se estructure esta inhabilidad se requiere¹²:

- i) Que entre los inscritos exista el vínculo que estable la norma: matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- ii) Que la inscripción al cargo o como miembro de corporación pública de elección popular por parte de los parientes se haga por el mismo partido o movimiento político.
- iii) Que la elección en la que participen se realice en la misma fecha y para la misma corporación pública.

En cuanto a que la inscripción se realice por el mismo partido o movimiento político, como ya se indicó en acápite anterior, el concepto de “partido político” tiene que ver con el momento histórico, y existen múltiples definiciones. En la legislación colombiana, su creación, conformación, funciones y actuaciones, hacen parte de las garantías que enmarcan el ejercicio real y efectivo del derecho fundamental de participación política.

Es así como, la Constitución y la ley plantean la posibilidad de constituir y conformar partidos sin mayores requerimientos, aunque para obtener beneficios como organización política (financiación y facultad de avalar candidatos), se requiere contar con la personería jurídica otorgada por la organización electoral, así establecido en el artículo 108 de la Constitución Política de 1991:

Artículo 108. Modificado por el art. 2°, Acto Legislativo 01 de 2009. **El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas.** Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

También será causal de pérdida de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

11 Así como la citada Ley 130 de 1994.

12 Ídem.

Los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.
(...)

Al igual que en el proceso radicado 2014-0113, contra Carlos Fernando Galán Pachón, por la misma causal, en el cual fue Ponente la Consejera Susana Buitrago Valencia, de conformidad con las pruebas relacionadas aportadas, se puede concluir que los partidos políticos Cambio Radical y el Liberal Colombiano fueron creados en fechas diferentes, cada uno de ellos tiene su propia personería jurídica autónoma e independiente así como sus representantes legales son disímiles, todo ello reconocido mediante actos administrativos diferentes proferidos por el Consejo Nacional Electoral, que están vigentes y gozan de la presunción de legalidad.

Así las cosas, no se configura la causal de inhabilidad invocada por el actor, puesto que no se cumple con uno de los componentes para que se estructure la inhabilidad, esto es, que se hayan inscrito por un mismo partido, pues como ya fue señalado en el fallo mencionado de 14 de mayo de 2015, y de acuerdo al material probatorio allegado a este plenario, está claro que los partidos Cambio Radical y Liberal Colombiano son distintos.

De otro lado, ha sido reiterado por esta Corporación¹³ y Sección¹⁴, que las inhabilidades, son excepciones que limitan los derechos fundamentales de igualdad, para acceder a cargos públicos y a elegir y ser elegido, y por ende su alcance debe ser interpretado restrictivamente.

Entonces, el argumento planteado por el actor relacionado con que los partidos Cambio Radical y liberal Colombiano son el mismo si se analizan su origen y plataformas ideológicas, no es de recibo para esta Sala de decisión, pues como ya se indicó la constitución, creación y conformación de los partidos políticos en la legislación colombiana es un derecho fundamental sin mayores restricciones, y estos tienen la posibilidad de avalar candidatos con el único requisito de contar con personería jurídica reconocida por el Consejo Nacional Electoral.

En el caso concreto, los partidos en mención cuentan cada uno con personería jurídica reconocida actual y vigente al momento de la inscripción y elección de los candidatos cuestionados, por el Consejo Nacional Electoral, por ende, no se cumple con el componente de pertenecer al mismo partido para que se configure la inhabilidad deprecada.

La causal inhabilitante invocada, en este punto, no admite ninguna consideración de tipo subjetivo, los dos partidos son diferentes de conformidad con la legislación y no hay lugar a realizar análisis o consideraciones para derivar otra conclusión.

Por 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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidente

Carlos Enrique Moreno Rubio
Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

Alfredo Beltrán Sierra
Conjuez

13 Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa. Pérdida de Investidura rad. 25000-23-15-000-2010-00493-01(PI). M. P. María Claudia Rojas Lasso. 5 de agosto de 2010.

14 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Mauricio Torres Cuervo. Rad. 63001-23-31-000-2011-00311-01. 1° de noviembre de 2012. Rad. 11001-03-28-000-2010-00030-00. 21 de septiembre de 2011. Rad. 17001-23-31-000-2009-00077-01. 13 de diciembre de 2010. M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 73001-23-31-000-2008-00052-03. 22 de octubre de 2009.

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA - Elección de Rector/
AUTONOMÍA UNIVERSITARIA - Permite a las
universidades oficiales libertad en materia
normativa / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA
- Puede expedir los estatutos que rigen su
actividad / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA -
Libertad para establecer requisitos de cargos
de la universidad**

La Asamblea Nacional Constituyente convocada para 1991 reconoció la preponderancia que para el desarrollo social tienen las universidades estatales, por ser allí donde se forman las personas que en el mañana regirán los destinos del Estado y de la comunidad desde diferentes escenarios. El constituyente consideró que ese importante papel no se podía cumplir de forma cabal si las universidades oficiales quedaban sujetas o subordinadas a los gobiernos de turno, ya que el manejo de la política no siempre va por el mismo camino del pensamiento académico inspirado en la libertad, y por ello tomó la decisión de dotarlas de un régimen especial de autonomía. El constituyente empleó los términos correctamente para dar a entender que las universidades oficiales no solamente serían autónomas, como muchos otros órganos y entidades citados en la Constitución de 1991, tales como la Comisión Nacional de Televisión, la Organización Electoral, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, las Corporaciones Autónomas Regionales, etc., sino que además tendrían un régimen especial de autogobierno y autorregulación, sin menoscabo de las facultades propias del legislador. El legislador, con el ánimo de desarrollar el régimen especial de autonomía de las universidades públicas, profirió la Ley 30 de 28 de diciembre de 1992 “Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”, que estableció que el grado de autonomía se vería reflejado en aspectos tales como: (i) darse y modificar sus estatutos; (ii) designar sus autoridades académicas y administrativas; (iii) crear, organizar y desarrollar programas académicos; (iv) definir y organizar labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; (v) conferir los títulos a sus egresados; (vi) seleccionar los profesores; (vii) admitir a los alumnos y adoptar sus regímenes; y, (viii) establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y la función institucional (Artículos 28 y 29). En efecto, el régimen de autonomía le permite a las universidades oficiales libertad en materia normativa, pues dentro de sus atribuciones puede expedir los estatutos que rigen su actividad. En ese sentido fija el Gobierno de la universidad sin injerencias externas, pero ello no implica el aislamiento del Estado ya que la formación educativa de la sociedad, por tener un marcado interés general, involucra el desarrollo de las políticas públicas que se trazan desde el Gobierno nacional o seccional, según el caso. Y, quizás lo más importante, esa autonomía se refleja en el terreno académico y filosófico, pues apunta a que el pensamiento universitario se desarrolle sin las ataduras que pueden desprenderse de las inclinaciones ideológicas de los gobiernos correspondientes. En todo caso, la realización del régimen de autonomía de las universidades estatales debe surtir, en

cualquiera de los planos aludidos, “de acuerdo con la ley”. Esta expresión debe tomarse en sentido material y teleológico. Es decir, que los estatutos, actuaciones y decisiones que adopten los centros de educación deben observar la Constitución Política y los tratados internacionales suscritos o acogidos por el Estado Colombiano en temas de derechos fundamentales y de educación, y la ley. Tal sujeción a las normas superiores al momento de expedir sus disposiciones de autorregulación se contempla en el artículo 67 de la Ley 30 de 1992. Esta norma reconoce que si bien los estatutos de la universidad pueden fijar los requisitos que deben cumplir las personas que se desempeñen como integrantes del Consejo Superior Universitario o como Rector, están sometidas a la normativa general fijada por el constituyente y el legislador, esta última como una potestad atribuida al Congreso de la República en los términos del artículo 150 Superior para “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. Entonces, este régimen de autonomía de las universidades oficiales se desarrolla dentro de los límites generales que ha dispuesto el ordenamiento jurídico, pues ello no representa que la autorregulación y el autogobierno signifique el desconocimiento del carácter unitario del Estado Colombiano que se propugna en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 69/Ley 30 de 1992 artículo 67

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA - Elección de Rector
/ INHABILIDADES - Corresponden a actos o
situaciones relativos a la persona/EDAD DE
RETIRO FORZOSO - No es una inhabilidad/
EDAD - Corresponde a un requisito para ocupar
un cargo público que de no acreditarse para
el momento de la elección o la designación
puede propiciar su nulidad/EDAD DE RETIRO
FORZOSO - Edad máxima hasta la que se puede
trabajar al servicio del Estado**

Los demandantes en los procesos acumulados coinciden en señalar que la elección del doctor Édgar Parra Chacón está viciada de nulidad porque para el día en que esta tuvo lugar, el elegido ya contaba con más de 65 años de edad. Aluden a que esta circunstancia lo inhabilitaba o lo hacían inelegible, por infringir lo dispuesto en los artículos 29 y 31 del D.L. 2400 de 1968 y 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973. Para desarrollar los asuntos sometidos a examen ha de decirse que el concepto de inhabilidad se encuentra definido en el artículo 279 de la Ley 5ª de 17 de junio de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, según el cual corresponde a “todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo”. El legislador, en la anterior definición, acudió a dos expresiones que comprenden los factores que dar lugar a su configuración. De una parte, está el acto como expresión de la voluntad humana, que en determinados casos puede conducir a que la persona se le impida el acceso a un cargo

público o que incluso deba retirarse del mismo, como ocurre, v.gr., con las condenas penales impuestas por la comisión delitos dolosos o con la celebración de contratos con entidades públicas. Y, del otro, las situaciones como manifestación ajena a la voluntad de la persona, entendida como el "Conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento", pero que puestas en un escenario concreto representan una limitantes al derecho de acceso al ejercicio de la función pública, tal es el caso del parentesco que en determinados grados y por el desempeño que esa persona realice frente a una determinada función en un espectro geográfico delimitado, impediría su postulación y desde luego la elección de una persona, o representaría una causal de anulación de esta última. Así, las inhabilidades no solamente se identifican por la capacidad invalidante que tienen, sino también porque corresponden a actos o situaciones relativos a la persona. Por el carácter teleológico de su inspiración, apuntan a que el desempeño de la función pública la desarrollen personas probas, libres de toda tacha o sanción penal, que no representen factores de desequilibrio del poder derivados del propio Estado que hayan roto el principio de igualdad en el proceso que antecedió a su designación o elección. Así las cosas, ha de reiterarse que la edad de retiro forzoso claramente no es una inhabilidad ya que no se inspira en la protección de ninguno de los valores que la axiología constitucional pregona. Es un instrumento de racionalización del empleo ofrecido por el Estado, que apunta a permitir que un mayor número de personas se puedan beneficiar del mismo por medio de la inevitable rotación que debe surtir con el paso del tiempo, además de conducir a que el esfuerzo laboral de muchos años se vea compensado con el disfrute de una asignación mensual sin tener que seguir prestando el servicio personal, como por cierto ocurre con la pensión de vejez. Surge entonces la pregunta: ¿Si la edad de retiro forzoso no es una inhabilidad por qué puede invalidar un nombramiento o una elección? Porque la edad, en el ordenamiento jurídico interno, es un requisito de validez para ocupar los empleos públicos. Así lo determina el artículo 275 del CPACA al prescribir que "Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: 5.- Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad". El requisito de la edad es una exigencia que tiene dos extremos. De un lado, está la edad para acceder a los cargos públicos, como por ejemplo ocurre con los congresistas, ya que para ser Representante a la Cámara y Senador de la República se debe tener más de 30 y 25 años de edad, respectivamente para la fecha de la elección (C. P. Arts. 172 y 177). Y, del otro, se encuentra la edad máxima hasta la que se puede trabajar al servicio del Estado, que como se ha ventilado ampliamente en los procesos acumulados, es por lo general de 65 años. La edad para ocupar un cargo público, bien sea para acceder o para permanecer en el mismo, si bien no es una inhabilidad sí corresponde a un requisito, que de no acreditarse para el momento de la elección o la designación puede propiciar su nulidad. Además, si durante el ejercicio de sus funciones llegará a sobrevenir la edad de retiro forzoso,

lo conducente es que la persona se aparte del cargo o se le separe del mismo.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 275

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA - Elección de Rector/
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
- Pese a haber sido elegido cuando ya contaba
con 65 años de edad no vicia la elección**

El estudio normativo y jurisprudencial realizado hasta el momento reveló que en relación con la edad de retiro forzoso existe un régimen general previsto en el D.L. 2400 de 1960 y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que fija en 65 años de edad el requisito para permanecer en el cargo; y que, por otro lado, existe un régimen especial consagrado en la Ley 344 de 1996 que permite que continúen en el ejercicio de funciones por 10 años más, a quienes tienen la calidad de docentes universitarios, es decir, que la edad de retiro forzoso para ellos se elevó a 75 años.

Así, bajo tal precisión se entrará a examinar cuál es el régimen aplicable al cargo de Rector de la Universidad de Cartagena bajo el entendido que no existe frente a estos entes autónomos un régimen particular y especial que así lo establezca y que sirva de norma marco para determinar los límites temporales de permanencia en el cargo de rector de la Universidad de Cartagena.

La anterior conclusión porque no le es directamente aplicable el régimen general previsto en el D.L. 2400 de 1968 y su decreto reglamentario, ni tampoco resulta en principio para el cargo de rector, aquel comprendido en el régimen especial de la Ley 344 de 1996. Para resolver esta dicotomía es preciso analizar si los estatutos de la Universidad de Cartagena y, bajo el entendido que constituyen norma de autorregulación de dicho ente, determinaron algún parámetro del que se logre inferir la pertinencia a uno u otro régimen de los aludidos, pues ante la evidente ausencia de regla expresa sobre el particular, se hace necesario examinar el contenido de sus disposiciones internas especiales y, realizar a partir de ellas, una integración normativa.

De acuerdo con las normas que anteceden la Sala estima que ha de privilegiarse la connotación académica que se le asigna al cargo de rector en la Universidad de Cartagena. Tal conclusión, por cuanto es requisito para su elección que aquellos participantes que aspiren a ser designados, deben acreditar el ejercicio de la docencia en dicha Universidad por un término mínimo 10 años, bien que se encuentre desarrollándola de manera actual en dicho ente, o demuestren que fungieron como docentes de la Institución por dicho plazo.

Dichos requerimientos fijados en el Estatuto Universitario, que fuera dictado en ejercicio de esa autonomía y autodeterminación normativa que les confirió la Carta Política a los entes autónomos, impone como conclusión que es

prerrequisito para ocupar el cargo de Rector de la Universidad de Cartagena el haber ejercido o estar ejerciendo el cargo de docente universitario.

Esta pertenencia a la planta de docentes de la Universidad supone necesariamente que si a estos se les fijó la regla de edad de retiro forzoso en 75 años, lógico resulte que dada esa legitimación especial para el ejercicio del cargo de rector, calificado como académico-administrativo, deba aplicárseles este régimen especial previsto por la Ley 344 de 1996.

Lo anterior, ante la ausencia en los estatutos de determinación sobre el límite de la edad máxima para su ejercicio, y porque resulta mandatorio acudir a los postulados que allí se propugnan y que le otorgan especial reconocimiento a la condición de docente, tanto que es requisito indispensable para el ejercicio de esta autoridad. Así las cosas, en este caso particular y, dada esa connotación especial que se predica del Rector —docente universitario—, para la Sala la elección que se cuestiona no incurre en la violación alegada por cuanto para determinar la edad de retiro de Rector de la Universidad de Cartagena es preciso acudir a la regla establecida en la Ley 344 de 1996. En ese sentido se confirma la decisión del a quo. En este orden de ideas, se concluye que el doctor Édgar Parra Chacón pese a haber sido elegido Rector de la Universidad de Cartagena cuando ya contaba con 65 años de edad, no vicia su elección, por las específicas razones esgrimidas, que imponen que se confirme el fallo apelado.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00343-01

Actor: Alfonso Álvarez Reales y otros

Demandado: Universidad de Cartagena

La Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos contra el fallo desestimatorio proferido el cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015), por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Tal como lo precisó el Tribunal Administrativo de Bolívar en la audiencia inicial practicada el 27 de noviembre de 2014¹, las demandas acumuladas se orientan a obtener la nulidad de la elección del doctor ÉDGAR PARRA CHACÓN como Rector de la Universidad de Cartagena, contenida en la Resolución N° 03 de

30 de mayo de 2014 expedida por el Consejo Superior de ese ente universitario.

2. Fundamentos de hecho

En la audiencia inicial se determinaron como hechos admitidos por las partes en los procesos acumulados, los que siguen:

1. Que la Universidad de Cartagena es un ente universitario autónomo de carácter académico, con régimen especial, creado mediante Decreto emitido el 6 de octubre de 1827.
2. Que por medio de la Resolución N° 00642 de 28 de febrero de 2014 la Universidad de Cartagena convocó al proceso de consulta para elegir, entre otras autoridades, al Rector por el período 2014 - 2018.
3. Que se presentaron cinco (5) aspirantes a dicho cargo.
4. Que el doctor ÉDGAR PARRA CHACÓN fue elegido Rector de la Universidad de Cartagena según de la Resolución N° 03 de 30 de mayo de 2014.
5. Que el doctor ÉDGAR PARRA CHACÓN para el día de la elección ya contaba con 65 años de edad.

3. Normas violadas y concepto de violación

En la audiencia inicial se fijó el litigio en torno a absolver los siguientes interrogantes:

- “1. ¿Determinar si el doctor Édgar Parra Chacón está inhabilitado para ejercer el cargo de Rector de la Universidad de Cartagena por tener 65 años de edad a la fecha de su elección?
2. ¿Está viciado de nulidad el acto de designación del rector de la Universidad de Cartagena, por la supuesta inhabilidad del doctor Édgar Parra Chacón?”

Además, en las demandas acumuladas las normas violadas y el concepto de violación se expuso, en resumen, así:

En la demanda formulada el 9 de julio de 2014 por JOSÉ LUIS CARVAJAL JIMÉNEZ (201400321)², se invocaron como infringidos los artículos 6°, 13, 69, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución, los artículos 29 (Mod. Dto. 3074/68) y 31 (Mod. Ley 490/98) del Decreto Ley 2400 de 19 de septiembre de 1968 “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración de personal civil y se dictan otras disposiciones*”, el artículo 122 del Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973 “*Por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, el artículo 19 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se*

¹ Exp. 201400343-01 C. 2° fls. 409 a 417.

² La síntesis se elaboró con fundamento en la demanda radicada el 9 de julio de 2014 (fls. 1 a 10) y en el escrito de subsanación presentado el 31 de julio de 2014 (fls. 45 a 48).

conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, artículos 14 y 84 del Acuerdo 03 de 26 de febrero de 2003 o Estatuto Docente.

Se concretó la acusación en que el demandado fue elegido Rector de la Universidad de Cartagena a pesar de que ya había superado la edad de retiro forzoso, sin que para lo último se pudiera tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 que le permite a los docentes universitarios continuar en su trabajo por 10 años más, y porque no se le podía conferir comisión para ocupar cargos de elección y/o de período.

El apoderado judicial del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena señaló en su **contestación**³ que “*se abstiene de pronunciarse a favor o en contra*” del acto acusado, porque según el Acuerdo 40 de 5 de diciembre de 1996 el proceso de consultas para escoger los candidatos al cargo que se cuestiona está completamente a cargo del Rector del ente universitario.

El abogado designado por el Rector de la Universidad de Cartagena presentó el escrito de **contestación**⁴ con el que se opuso a lo pretendido con las demandas. Al efecto señaló que según lo discurrido en la sentencia dictada por la Sección Quinta el 24 de octubre de 2013 (Exp. 540012331000201200214-01), el examen de legalidad del acto de elección de Rector debe cumplirse en primer lugar con fundamento en el Estatuto General, luego con la convocatoria y demás actos. Así, precisó que en el artículo 18 numeral 2 del Acuerdo 04 de 18 de junio de 2002 (Estatuto General) para ser Rector solamente se exige como mínimo contar con 35 años de edad, no se fija una edad máxima para permanecer en el mismo, lo que igualmente ocurre con la Resolución Rectoral 0642 de 2014.

Informó que el Comité de Impugnaciones constituido con base en el Acuerdo 04 de 2002 artículo 27, desestimó 5 solicitudes que fueron presentadas en contra de la candidatura del demandado. Además, se formularon tres tutelas que se fundaron en similares hechos, las cuales también se negaron. El fallo dictado en el expediente N° 201400031-00 indicó que cuando un candidato ya había sido admitido no podía ser excluido.

Afirmó que ni el Decreto Ley 2400 de 1968, ni el Decreto 1950 de 1973 ni la Ley 909 de 2004 son aplicables a los entes universitarios autónomos. En cuanto a la última norma así lo determinó la Sección Quinta en el fallo de 30 de enero de 2014 (Exp. 110010328000201200066-00).

Precisó que según el artículo 91 del Estatuto General de la Universidad de Cartagena el cargo de Rector es de naturaleza académico-administrativo, motivo por el cual los docentes, sin importar el cargo que estén ocupando, su edad de retiro forzoso es de 75 años por así establecerlo el artículo 19 de la Ley 344 de 1996. Este argumento lo respalda con el fallo proferido el 31

de enero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander (Exp. 201200111-00) y con la sentencia dictada el 3 de mayo de 2012 por la Sección Segunda del Consejo de Estado (Exp. 540012331000200600767-01).

Acudió al principio de favorabilidad para sostener que se debe aplicar lo normado en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, ya que si un docente es designado Rector no se presenta solución de continuidad y, por lo mismo, su vinculación debe conservar la prerrogativa del retiro a los 75 años de edad. Además, porque si el legislador no hizo ninguna distinción al respecto, tampoco lo puede hacer el operador jurídico, máxime porque en el *sub lite* el demandado continuó en el ejercicio de la cátedra universitaria.

Consideró que la edad no es un inhabilidad por cuanto estas son taxativas y de aplicación restrictiva. Insistió en que el cargo de Rector es académico-administrativo, de elección y sometido a período fijo. Que comoquiera que es docente y su edad de retiro forzoso es a los 75 años, no está cobijado por el régimen general de inhabilidades debido al principio de autonomía universitaria, cargo que el demandado no ejerce en comisión sino en propiedad.

En la demanda interpuesta por **FABIO CASTELLANOS HERRERA (201400341)**, radicada el 16 de julio de 2014⁵, se pidió la nulidad del acto de designación y posesión del doctor ÉDGAR PARRA CHACÓN, y que se impartan las órdenes correspondientes a la Universidad de Cartagena para que supla la falta absoluta.

Invocó como normas violadas los artículos 6°, 13, 69, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución; 29 y 31 del Decreto Ley 2400 de 1968; 122 del Decreto 1950 de 1973; 19 de la Ley 344 de 1996; 28, 67 y 72 de la Ley 30 de 1992; 14 y 84 del Acuerdo 03 de 26 de febrero de 2003 (Estatuto Docente); 25 y 26 del Acuerdo 40 de 1996; y 1, 3 y 44 del CPACA.

En cuanto a la infracción de la Constitución señaló que se produjo porque los integrantes del Consejo Superior designaron al demandado a pesar de ser inelegible porque ya había llegado a la edad de retiro forzoso (65 años), y que él no estaba dentro de ninguna de las excepciones legales y que la autonomía universitaria no permite distinciones en torno a la aplicación del artículo 31 del D.L. 2400 de 1968.

Respecto a la violación del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 señaló que se produjo porque la posibilidad de continuar laborando hasta los 75 años está consagrada para los docentes universitarios, pero no para el desempeño del cargo de Rector, que no implica el ejercicio de la cátedra académica (C-548/97).

La violación del artículo 67 de la Ley 30 de 1992 la sustentó igualmente en que el demandado fue elegido no obstante que ya contaba con más de 65 años, prohibición que fue advertida por el Departamento Administrativo de la Función Pública

3 Exp. 201400321 Folios 54 a 57.

4 Exp. 201400321 Folios 82 a 131.

5 Exp. 201400341 fls. 1 a 20.

con el Concepto No. 20136000087441, lo cual no afectaría el mínimo vital de aquel porque ya goza de pensión. Esta apreciación desfiguró el concepto de autonomía universitaria.

Agregó que lo ocurrido en cuanto a la elección impugnada constituye desviación de poder por parte de los integrantes del Consejo Superior ajenos a los gobiernos nacional y departamental, quienes no atendieron las advertencias hechas por la Procuraduría General de la Nación y las entidades especializadas.

Adujo, sin razones adicionales, que todo lo dicho constituye, a su vez, “*violación de regla de fondo de error de derecho*”, así como la infracción directa de los artículos 1º, 3º y 44 del CPACA porque se inobservó la finalidad del procedimiento administrativo, así como la debida imparcialidad.

Y, en cuanto a la infracción de los estatutos de la universidad sostuvo que a los docentes no se les puede comisionar para desempeñar cargos de elección popular y/o período fijo, como es el de Rector, dice el actor (Art. 84). Consideró que se desconocieron los artículos 25 y 26 del Acuerdo 040 de 1996 porque la reunión del Consejo Superior es válida si hay 6 de sus miembros, pero en este caso “*El acta de posesión del 5 de junio del 2014 la firman 5 miembros*”, y porque la debe presidir el gobernador de Bolívar o su delegado, o subsidiariamente el representante del Ministerio de Educación o del Presidente de la República.

El apoderado judicial del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, con escrito presentado el 22 de agosto de 2014⁶, contestó la presente demanda en el sentido de señalar que no se pronunciaba ni a favor ni en contra de las pretensiones porque ese proceso de selección no estuvo a su cargo.

El mandatario judicial de la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, con documento radicado el 27 de agosto de 2014⁷, contestó la demanda. Lo hizo en los mismos términos de la demanda anterior, aunque se opuso a la aplicación del concepto 2013-2615 del Ministerio de Educación Nacional porque no es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, tampoco es obligatorio. Agregó que es una injerencia ilegal en la autonomía universitaria, que por demás viola el principio de legalidad porque ninguna norma establece la edad de retiro forzoso para los Rectores de entes universitarios autónomos. Y se valió del Concepto 2142 dictado el 2 de abril de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el expediente 110010306000201300086-00, referido a que la edad de retiro forzoso no opera para el Banco de la República, para desvirtuar la acusación del actor.

En lo relativo a la desviación de poder expuso algunas consideraciones sobre su configuración y señaló que lo alegado por el actor era falta de competencia. Además, que tampoco se consolida esa causal de nulidad por el hecho que algunos

integrantes del Consejo Superior Universitario hayan votado negativamente o se hayan abstenido de hacerlo, ya que el voto de todos los integrantes de ese órgano tiene el mismo valor. Por otro lado, si bien la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública aportó durante el proceso de selección el concepto No. 103000087441 de 4 de junio de 2013 de la oficina jurídica del DAFP, el mismo no tiene fuerza vinculante.

Adicionó que los reparos elevados contra el acto de posesión del demandado son irrelevantes porque respecto del mismo no se puede hacer un juicio de validez. Si el gobernador decidió no asistir al acto de posesión ello no afecta la legalidad de ese acto. Y, para el día en que se cumplió la posesión del demandado como Rector de la Universidad de Cartagena ya se habían decidido favorablemente todas las acciones de tutela interpuestas sobre el particular.

La demanda impetrada por el señor **NÉSTOR DAVILA-PESTANA VERGARA** (2014-00342), que radicó el 16 de julio de 2014⁸ y que fue subsanada con escrito presentado el 28 de los mismos⁹, se admitió exclusivamente contra el acto de elección en cita y se rechazó frente al acto de reconocimiento del demandado como Rector de la Universidad de Cartagena expedido por el Ministerio de Educación Nacional y respecto de la pretensión de anular “*todos los actos administrativos emitido* (sic)” por el demandado en desempeño de ese cargo.

Pese a que en el acápite de normas violadas y concepto de violación se refirió a “*CAUSALES DE VIOLACIÓN OBJETIVAS - IRREGULARIDADES EN EL PROCESO DE VOTACIÓN Y EN EL ESCRUTINIO*” Y A “*CAUSALES DE VIOLACIÓN SUBJETIVAS - IRREGULARIDADES RELATIVAS A LA INHABILIDAD DEL ELEGIDO*”, solamente se hará una síntesis de lo último, por haber sido en torno a ello que se fijó el litigio en la audiencia inicial y porque sobre lo primero no se hizo ningún pronunciamiento en el fallo apelado.

Adujo el actor que en virtud a que el artículo 18 del Acuerdo 04 de 2002, que rige las consultas para la elección de las autoridades académico-administrativas de la Universidad de Cartagena, no estableció el límite máximo de edad para aspirar al cargo de Rector, “*debe entenderse que tal tope lo constituyen los 65 años de edad fijados*” por el D.L. 2400 de 1968 en los artículos 29 y 31.

Sostuvo, además, con apoyo en el artículo 119 del Decreto 1950 de 1973, que la persona cesará en el ejercicio de sus funciones cuando adquiriera el derecho a la pensión, sin que pueda pensarse que el principio de autonomía universitaria permite a dichos entes ampliar la edad de retiro forzoso, como así ocurrió con el demandado, causal que se consagra en el artículo 108 literal k) del Acuerdo 03 de 2003 “*Por medio del cual se expide el Estatuto del Profesor Universitario de la Universidad de Cartagena*”.

6 Exp. 201400341 fls. 152 a 157.

7 Exp. 201400341 fls. 181 a 242.

8 Exp. 201400342 fls. 1 a 15.

9 Exp. 201400342 fls. 149 a 169.

Agregó que la Corte Constitucional en la sentencia C-1488 de 2000, al examinar el proyecto de ley 017 de 1998 Cámara - 170 de 1999 Senado "Por medio el cual se modifica y adiciona el artículo 122 del decreto 1950 de 1973", que pretendía ampliar la edad de retiro forzoso a 70 años en cargos como el de Rector, declaró fundada la objeción formulada por el Presidente de la República porque se violaba el artículo 13 Superior y, por ello, declaró inexecutable el artículo 1º numeral 2 del mismo. Esta decisión mantuvo como edad de retiro forzoso para el mencionado cargo los 65 años de edad.

Retomó los argumentos esbozados en las anteriores demandas alrededor la forma como debe interpretarse el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, en armonía con la sentencia C-584 de 13 de noviembre de 1997, ya que en su sentir la posibilidad de continuar laborando hasta los 75 años solamente aplica para quienes decidan continuar con su actividad docente y no para los Rectores de universidades oficiales, ya que estos ejercen funciones administrativas. Es decir, que la prerrogativa del retiro a los 75 años de edad se aplica a las personas que cumplan las funciones docentes previstas en el Acuerdo 03, tales como: i) Programación de cursos; ii) Preparación de clases; iii) Clases dictadas o lectivas; iv) Asesorías a estudiantes; e v) Investigación, actividades académico-administrativas y labores de extensión, "pues a pesar de estar catalogado [el Rector] como un cargo académico-administrativo, su naturaleza es netamente administrativa, porque quien lo ejerce no cumple un proceso de enseñanza - aprendizaje característico del ejercicio docente".

Después de citar el artículo 108 literal i) del Acuerdo 03 de 2003 sostuvo el actor que frente al demandado están dadas las condiciones allí fijadas para que cesara el ejercicio de su función docente, como son tener reconocida la pensión de jubilación y ser docente de tiempo completo, además de haber llegado a la edad de retiro forzoso.

No compartió la idea de que cargos académico-administrativos como el de Rector únicamente puedan ser ejercidos por docentes, ya que a esa dignidad pueden aspirar incluso los empleados administrativos de la universidad que hayan ejercido cargo académico-administrativo. Negó que ese cargo se pueda ejercer por un docente en ejercicio de comisión de servicio, puesto que los estatutos de la universidad no permiten que se emplee esa figura para que se ocupe un cargo de período fijo, como el de Rector (Acu. 03/03 Art. 84). Por último, pidió tomar en cuenta lo decidido por algunos jueces y tribunales en los casos de la Universidad del Atlántico y la Universidad Surcolombiana.

El mandatario judicial del **departamento de Bolívar**, con documento allegado el 1º de septiembre de 2014¹⁰, **contestó** la demanda en forma similar a como lo hizo frente a las demandas anteriores, motivo por el cual la Sala remite a lo ya resumido.

El apoderado judicial de la **Universidad de Cartagena**, con documento presentado el 3 de septiembre de 2014¹¹, le dio

10 Exp. 201400342 fls. 183 a 187.

11 Exp. 201400342 fls. 211 a 260.

respuesta a la demanda en cuestión. Propuso la excepción previa de "Imprudencia de Acumulación de Causales de Nulidad Objetivas y Subjetivas", que se materializa para el proponente porque las irregularidades ventiladas con la demanda son de una y otra naturaleza. En lo restante el documento reproduce lo dicho en las contestaciones de las demandas anteriores, motivo por el cual la Sala se remite a lo que ya se sintetizó al respecto.

En cuanto a la demanda interpuesta por el señor **ALFONSO ÁLVAREZ REALES** (201400343), radicada con escrito presentado el 11 de julio de 2014¹², con ella se demandó igualmente la elección del doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN** como Rector de la Universidad de Cartagena, fundada muy brevemente en que con el acto acusado se vulneraron los artículos 30 y 31 del D.L. 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973, porque para el día en que ello se produjo ya contaba con más de 65 años.

El apoderado judicial designado por el **departamento de Bolívar** le dio **contestación** a la demanda con escrito presentado el 22 de agosto de 2014¹³, en términos similares a los que empleó al contestar las demandas anteriores.

El mandatario judicial designado por la **UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**, con escrito recibido el 22 de agosto de 2014¹⁴, **contestó** la demanda y para ello trajo a colación las razones que repetidamente ha esgrimido frente a cada una de las demandas acumuladas. Además, propuso la excepción denominada "Inepta Demanda por Faltar al Presupuesto Procesal de Demanda en Forma", porque la demanda carece "de un acápite en el cual emerja con un mínimo de comprensión por que (sic) el acto cuestionado infringe las normas citadas;...".

Y, en lo referente a la demanda interpuesta por el señor **JUAN SEBASTIÁN FRANCO REYES (201400509)**¹⁵, presentada el 15 de julio de 2014¹⁶, la solicitud de nulidad de la elección del doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN** como Rector de la Universidad de Cartagena se basó en la violación de los artículos 69, 113 y 125 de la Constitución, 29 y 31 del D.L. 2400 de 1968, 120, 121 y 122 del Decreto 1950 de 1973, 64 y 77 de la Ley 30 de 1992, 10 del Acuerdo 04 de 18 de junio de 2002 y 1º del Acuerdo 02 del 6 de mayo de 2014, proferidos por el Consejo Superior Universitario.

Explicó, como primer cargo, que se eligió y posesionó como Rector a una persona que tenía más de 65 años, lo cual va en contravía de lo dispuesto en el D.L. 2400 de 1968 y en el

12 Exp. 201400343 fls. 1 a 3.

13 Exp. 201400343 fls. 32 a 36.

14 Exp. 201400343 fls. 60 a 105.

15 La demanda fue inicialmente admitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado con auto de 28 de julio de 2014. Empero, con auto de 29 de septiembre del mismo año se declaró la nulidad de todo lo actuado y se ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Bolívar luego de verificarse que la Universidad de Cartagena es del orden departamental.

16 Exp. 201400509 fls. 1 a 15. Aunque se presentó ante la Sección Quinta del Consejo de Estado, posteriormente se remitió por competencia al Tribunal Administrativo de Bolívar.

Decreto 1950 de 1973, preceptos que están vigentes según lo dictaminado por la Corte Constitucional en las sentencias C-351/95 y C-1488/00, no obstante la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

A renglón seguido expuso que esa prohibición sí era una inhabilidad y que resultaba plenamente aplicable a los entes universitarios autónomos conforme al artículo 69 Constitucional, pero más particularmente el artículo 79 de la Ley 30 de 1992, el artículo 1º del Acuerdo 02 de 6 de mayo de 2014, que adicionó el Acuerdo 04 de 18 de junio de 2002 y lo señalado por la Sección Segunda y la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallos dictados, en el primer caso, respecto de la Rectora del Colegio Mayor de Cundinamarca (sin referencia), y en el segundo, el 25 de enero de 2002 (Exp. 110010328000200100035-01(2561)). Igualmente citó apartes del fallo de Tutela de 24 de abril de 2014 dictado por el Tribunal Administrativo del Huila (Exp. 410013333005201400104-01), y de la sentencia proferida el 25 de enero de 2002 por esta Sección mediante la cual se anuló el nombramiento de un miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (sin referencia), por haber llegado a la edad de retiro forzoso, que al parecer es la misma que ya citó.

Consideró que la excepción establecida en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 opera tan solo respecto de los docentes y no en cuanto a los Rectores, como así lo comprueba lo pretendido en el fallido proyecto de ley 017/98 Cámara y 170/99 Senado, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, que incluía a los Rectores dentro de los exceptuados por el retiro forzoso a los 65 años. Además, precisó que como las universidades oficiales no tienen competencia para fijar el régimen de inhabilidades se deben remitir a las causales fijadas en la ley para la administración pública, a la cual le corresponde igualmente determinar la edad de retiro forzoso (C-351/95).

Como segundo cargo señaló que se violó la inhabilidad fijada en el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 y en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, "*COMOQUIERA QUE EN LA TERNA HIZO PARTE UN MIEMBRO (SIC) DEL CONSEJO SUPERIOR SIN QUE HUBIERA PASADO UN AÑO DESDE SU RETIRO*", persona cuyo nombre no se suministra en la demanda.

El apoderado judicial de la **Universidad de Cartagena**, con documento presentado el 7 de noviembre de 2014¹⁷, **contestó** la demanda y para ello reiteró los razonamientos vertidos frente a las demás demandas acumuladas. Para no ser repetitivos solamente debe agregarse que pidió desestimar el segundo cargo porque no se identificó a la persona que presuntamente hizo parte de la terna sin que hubiera pasado un año de su retiro.

El doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN** en nombre propio contestó la demanda con escrito allegado el 7 de noviembre de 2014¹⁸. El segundo cargo lo calificó de falso porque él nunca se desempeñó

como integrante del Consejo Superior Universitario y porque la participación del ex consejero García Fernández, representante de los egresados, no configura ninguna causal de inhabilidad.

El otro planteamiento lo desestima con fundamento en que el cargo de Rector es académico-administrativo y por tanto sinónimo de docente, lo que a su vez permite aplicarle la excepción consagrada en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que extiende el retiro forzoso hasta los 75 años de edad.

Enseguida acudió a la analogía como fuente del derecho (C. P. Arts. 40 y 41; Ley 153/1887 Art. 8º; C. C. Art. 30) y a lo discernido por la Corte Constitucional en las sentencias C-083 y C-351 de 1995 para solicitar que a su caso se le dé el mismo tratamiento brindado a los elegidos por voto popular, es decir que no tienen edad de retiro forzoso, porque concurren elementos similares tales como: i) Primar la voluntad expresada en las urnas; ii) El voto de la comunidad universitaria elige al Rector para que actúe por un período fijo; y iii) En los estatutos universitarios ninguna norma fija la edad de retiro forzoso. A lo anterior se agrega el hecho que el demandado fue escogido por el voto favorable del 73.4% de la comunidad universitaria, muy superior porcentualmente hablando si se le compara con la votación obtenida por algunos mandatarios seccionales y locales de la región caribe.

Dijo no estar de acuerdo con la tesis que propugna la aplicabilidad del D.L. 2400/68 y el Decreto 1950/73 al cargo de Rector porque recientemente la Sección Quinta del Consejo de Estado, en fallo 30 de enero de 2014 (Exp. 110010328000201200066-00), determinó que el cargo de Rector de universidad oficial es de elección y período y que no se gobierna por el sistema de carrera administrativa, de modo que la edad de retiro forzoso solamente opera para los cargos inherentes a este sistema (C-351/95, C-563/97 y C-1345/00).

Además, en apoyo de su posición el demandado acudió a los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado: i) Sentencia de 22 de marzo de 2002 - Sección Quinta (sin referencia visible)¹⁹; ii) Sentencia de 14 de junio de 2012 - Sección Quinta (Exp. 110010328000201100053-01); iii) Sentencia de 23 de agosto de 2012 - Sección Primera (sin referencia visible)²⁰; iv) Sentencia de 19 de septiembre de 2013 - Sección Quinta (sin referencia visible)²¹; v) Sentencia de 30 de enero de 2014 - Sección Quinta (sin referencia)²².

De lo dicho en estas sentencias concluyó el demandado que el cargo de Rector de la Universidad de Cartagena no se provee por el sistema de carrera sino por medio de una elección a dos vueltas, una ante la comunidad universitaria y otra ante el Consejo Superior, y su permanencia en el mismo depende de un período fijo.

19 Demandado: Director Corporación Autónoma Regional del Cauca.

20 Demandado: Gerente de Empresa Social del Estado.

21 Demandado: Director Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

22 Demandado: Rector Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

17 Exp. 201400509 fls. 621 a 666,

18 Exp. 201400509 fls. 670 a 695.

II. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Se trata de la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que desestimó las pretensiones de las demandas acumuladas.

En cuanto a la excepción previa de inepta demanda formulada dentro del Expediente N° 201400343, que se basó en que la parte demandante invocó el artículo 139 del CPACA pero no explicó el motivo de su violación, el Tribunal *a quo* la rechazó bajo la consideración que la Universidad de Cartagena en su calidad de tercero no la podía formular porque el demandado nada objetó al respecto. En todo caso, refirió que la ineptitud únicamente se daría por ausencia total del requisito.

Luego de fijar el problema jurídico en la misma forma como se hizo en la audiencia inicial, de citar el material probatorio relevante y de copiar el contenido de los artículos 31 del D.L. 2400 de 1968, 122 del Decreto 1950 de 1973 y 19 de la Ley 344 de 1996, hizo algunas reflexiones sobre el concepto de inhabilidad para llegar a afirmar que la de edad de retiro forzoso no encaja dentro del mismo, como así lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de 8 de octubre de 2014 (Exp. 760012333000201400304-01), aplicable a este caso porque las corporaciones autónomas regionales al igual que las universidades oficiales son entes autónomos.

Prosiguió con el concepto de autonomía universitaria, que abordó a partir de lo normado en el artículo 69 de la Constitución, en los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, en lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias T-574 de 1993, C-299 de 1994, para colegir que *"las universidades públicas no son entidades descentralizadas especiales, sino, por el contrario, entidades autónomas en la estructura del Estado y, por tanto, constituyen una categoría de organización especial, que se rige por sus propios estatutos y con un régimen dado por la ley, esto es, el de la autonomía"*, aseveración que respaldó, a su vez, en las sentencias dictadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 24 de octubre de 2013 (Exp. 540012331000200200214-01) y el 15 de diciembre de 2014 (Exp. 110010328000201400016-00), para precisar que las universidades *"tienen la facultad de autogobernarse y autolegislar, tanto en el campo académico como en el manejo administrativo y financiero del ente educativo, sin que esto permita intervención alguna del poder público..."*, lo que les permite *"darse sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos"*.

Revisó luego los requisitos fijados en los estatutos de la universidad para ocupar el cargo de Rector y determinó que allí no se había fijado la edad de retiro forzoso. No obstante, consideró que otras normas sí permitían definir ese parámetro y con tal fin comenzó por recordar que en dichos estatutos el cargo de Rector es académico-administrativo, los que además prevén que las comisiones señaladas en el artículo 84 del Acuerdo 03 de 2003 no pueden conferirse para ejercer cargos de elección popular ni los de período fijo tales como los de

procurador, contralor, personero, etc., prohibición que no comprende el cargo de Rector, empleo al que le resultan aplicables las normas referidas a los docentes universitarios, en especial el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 que fija la edad de retiro forzoso en 75 años.

Adujo, después de copiar apartes de la sentencia C-584 de 1997 que examinó la constitucionalidad de la norma anterior, que a la luz de la autonomía universitaria la edad de 65 años no es un impedimento para ejercer el cargo de Rector, ya que la edad de retiro es la misma que se fijó para los docentes universitarios. Y, como el demandado fue elegido Rector de la Universidad de Cartagena con 65 años de edad, su elección no presenta vicios de ilegalidad.

Salvamento de voto: Uno de los magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Bolívar salvó el voto frente al anterior pronunciamiento. Consideró que el principio de autonomía universitaria se refiere a asuntos administrativos y académicos, pero no permite, como lo dijo el fallo, que las universidades oficiales puedan autogobernarse y autolegislar sin injerencia del poder público ya que en todo caso se sujetan a la Constitución y la ley, de modo que la edad de retiro forzoso del Rector no hace parte de la autonomía sino que es facultad del legislador, como en efecto lo demuestra el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que conforme a lo discurrido por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997 solamente opera en cuanto a los docentes universitarios.

Expresó que según el Acuerdo 040 de 1996 (Estatuto General) el cargo de Rector es académico-administrativo, que puede ser el ocupado por un docente en comisión, y citó el párrafo del artículo 84 del Acuerdo 03 de 2003 (Estatuto Docente), que dispone que no se otorgará comisión a los docentes para ocupar cargos de elección popular y/o de período fijo, *"lo cual denota conjunción y disyunción, cargos de elección popular y de período fijo, cargos de elección popular o cargos de período fijo"*.

Se mostró en desacuerdo con la posición asumida por el fallo apelado al respecto, ya que conforme al Acuerdo 07 de 2005 el cargo de Rector tiene un período de 4 años y, ello representa que incurra en tal prohibición *"pues el hecho que sea elegido mediante un mecanismo democrático y participativo interno de la institución, con la participación de diferentes estamentos, en nada varía su carácter de cargo de período fijo"*.

Adujo que en los estatutos de la Universidad de Cartagena no se estableció la edad de retiro forzoso del Rector, y que esa omisión no puede conducir a sostener que sea la de 75 años porque ello viola el principio de igualdad dado que a otros Rectores de universidades públicas se les ha retirado del cargo al cumplir 65 años de edad (no identifica los casos). Invocó la sentencia de 8 de octubre de 2014 proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado (Exp. 760012333000201400304-01), que al abordar el caso de la edad de retiro forzoso de los directores

de las Corporaciones Autónomas Regionales estableció que en general se fijó en 65 años, máximo que debe operar en el *sub examine* por el vacío normativo existente.

Por último, afirmó que ninguna norma permite a los Rectores de universidades públicas beneficiarse de la prerrogativa que a los docentes universitarios confiere la citada ley, incluso se han presentado proyectos de ley para extenderle ese beneficio a los Rectores (106 de 2004 Senado).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El señor **EABIO CASTELLANOS HERRERA**, demandante en el expediente No. 201400341, interpuso el recurso de apelación con el escrito radicado el 20 de febrero de 2015²³, con el que insistió en la violación de las normas jurídicas informadas con la demanda.

Expresó que los integrantes del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena desconocieron el artículo 6º Superior porque votaron por un candidato inelegible, que no estaba incluido en las excepciones del artículo 29 del D.L. 2400 de 1968, lo cual de paso afectó el principio de igualdad por los demás Rectores que han sido retirados al cumplir 65 años de edad (no identifica casos).

El apoderado judicial del doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN**, Rector de la Universidad de Cartagena, expresó sus alegatos de conclusión con documento allegado el 19 de mayo de 2015²⁴, con el que dijo que refutaba cada una de las razones aducidas por el apelante.

En cuanto a que se equivocó el Tribunal *a quo* al haber dicho que la edad de retiro forzoso de los Rectores de universidades públicas era de 75 y no de 65 años, el apoderado señaló que a los integrantes del Consejo Superior que no son servidores públicos no se les puede atribuir la responsabilidad del artículo 6º Superior. Adicionó que en la apelación se habla de inelegibilidad, concepto que es diferente del alegado en la demanda sobre inhabilidad.

Agregó que el D.L. 2400 de 1968 se expidió antes de la entrada en vigencia de la Constitución vigente, en la que se reconoció la autonomía universitaria, decreto que se dictó exclusivamente para la Rama Ejecutiva del poder público, el cual no se puede aplicar extensivamente a los Rectores de las universidades estatales.

Recordó que antes de la Constitución de 1991 las universidades oficiales eran consideradas establecimientos públicos (Dto. 80/1980 Art. 50), y como el artículo 29 del D.L. 2400 de 1968 exceptuaba de la edad de retiro forzoso de 65 años a los directores o gerentes de establecimientos públicos, los Rectores de tales universidades sí estaban al margen de esa limitante, lo cual fue reafirmado con la autonomía universitaria prevista en la constitución vigente.

No compartió la idea de la desigualdad de trato porque en torno a la edad de retiro forzoso existen regímenes diferenciales, como de hecho así ocurre con los órganos autónomos creados con la Constitución de 1991.

No es cierto, dijo el apoderado, que se hubiera desconocido el principio de autonomía universitaria, puesto que no se entendió en forma absoluta sino relativa y porque la edad de retiro forzoso no se fundamentó en el mismo. Además, se invocó por el apelante el desconocimiento de la *ratio decidendi* de un fallo de la Corte Constitucional que no se referenció.

Adujo que en virtud a que los estatutos de la Universidad de Cartagena no previeron regla alguna sobre la edad de retiro forzoso, se dan las siguientes posibilidades: (i) Que los Rectores no tienen edad de retiro forzoso; (ii) Que debe aplicarse la regla general del artículo 29 del D.L. 2400 de 1968; y (iii) Que debe emplearse la regla especial del artículo 19 de la Ley 344 de 1996. Lo que hizo el Consejo Superior Universitario fue desechar las dos primeras opciones y acoger la última, es decir preferir la norma especial sobre la general (C. C. Art. 10).

Luego aseguró que el cargo de Rector no es solamente administrativo puesto que en realidad es académico-administrativo y para llegar a ocuparlo se debe ser docente, lo cual demuestra aún más la aplicabilidad del artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que armoniza con lo dicho en la sentencia C-584 de 1997 pues se cuenta con un docente que puede guiar de mejor forma la formación de la comunidad estudiantil. Lo contrario sería caer en el absurdo de permitir el ascenso de esos funcionarios al cargo de Rector y castigarlos con un régimen más severo, servidores que tienen la posibilidad de permanecer en el servicio sin que ello signifique restringirles su derecho a poder ocupar el cargo de Rector, medida que tampoco se infiere de lo razonado por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997.

No encontró contradicción alguna entre el fallo apelado y el artículo 84 del Estatuto Docente, que prohíbe dar comisión a los docentes para ocupar cargos de elección popular y/o de período, puesto que según lo normado en el artículo 35 y 91 del Acuerdo 40 de 5 de diciembre de 1996, reiterado en el Acuerdo 04 de 18 de junio de 2002 y en el artículo 84 del Acuerdo 03 de 2003, a los docentes no les está prohibido ocupar el cargo de Rector, como por el contrario sí les está restringido obtener comisión para desempeñar cualquiera de los cargos de elección popular y de período que menciona el artículo 260 Constitucional y los demás previstos en la Constitución de período, como los Órganos de Control y los Magistrados de Altas Cortes, entre otros.

Sobre la Ley 909 de 2004 dijo que expresamente el artículo 3º numeral 1 literal a) excluye de su aplicación a los entes universitarios autónomos, y su aplicación supletoria según el artículo 2º tan solo es para cargos de carrera, categoría dentro de la cual no encaja el empleo de Rector.

23 Exp. 201400343 fls. 612 a 624.

24 Exp. 201400341 C. 7 fls. 688 a 707.

No se desconoció, continúa el abogado, el precedente consignado en la sentencia dictada en el Exp. N° 110010328000200100035-01 de la Sección Quinta, ya que el Tribunal *a quo* lo que hizo fue acoger un fallo posterior que determinó que la edad de retiro forzoso no es una causal de inhabilidad, y optar por la norma especial ya citada.

El apoderado judicial de la **Universidad de Cartagena**, con escrito presentado el 19 de mayo de 2015²⁵, pidió confirmar el fallo objeto de impugnación. Al efecto acudió a los mismos razonamientos que ha expuesto en sus intervenciones dentro de todos los procesos acumulados, tales como que la edad de retiro forzoso no es una inhabilidad, que el demandado no tenía limitado su derecho a ocupar el cargo de Rector por su naturaleza académico-administrativa, que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 lo permite y que el D.L. 2400 de 1968, el Decreto 1950 de 1973 y la Ley 909 de 2004 no son aplicables, entre otros.

El señor **JOSÉ LUIS CARVAJAL JIMÉNEZ**, demandante en el proceso **201400321**, expuso sus alegatos de conclusión con el documento allegado el 19 de mayo de 2015²⁶, con el que pidió revocar el fallo apelado. Insistió en la ilegalidad del acto acusado porque el artículo 108 del Acuerdo 03 de 2003 lleva a integrar los estatutos de la Universidad de Cartagena con el artículo 31 del D.L. 2400 de 1968 y el artículo 122 del Decreto 1950 de 1973, que fijan como edad de retiro forzoso los 65 años de edad, que para el día de su elección ya había cumplido el demandado. Es decir, que no existe ningún vacío legal y por tanto sobre el demandado recaía un impedimento legal.

Reiteró el planteamiento alusivo a que a los docentes de la Universidad de Cartagena no se les puede otorgar comisión para desempeñar cargos de elección y/o período, como efectivamente lo es el de Rector (Acuerdo 03/03 Arts. 68 a 106). Además, aseguró que esta norma estatutaria derogó el artículo 91 del Acuerdo 040 de 1996, por la prohibición que se cita en precedencia.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El **Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado** emitió concepto con documento allegado el 27 de mayo de 2015²⁷, con el cual solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

En una primera aproximación al problema jurídico debatido en los procesos acumulados el agente del Ministerio Público señaló que sí existe norma que respalde la legalidad del acto acusado. Se trata del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*”, que permite a los docentes continuar en ejercicio de funciones hasta los 75 años de edad.

Posteriormente hizo algunas reflexiones sobre la autonomía universitaria, que en su opinión permite a las universidades oficiales regular lo concerniente a la permanencia y retiro de sus servidores públicos. A ello le siguieron algunas citas textuales de las sentencias C-008 de 2001 y C-829 de 2010 de la Corte Constitucional sobre ese principio.

Luego de analizar desde las perspectivas semántica, legal y jurídica el concepto de inhabilidad, el colaborador fiscal mostró su conformidad con lo afirmado por esta Sección en la sentencia de 8 de octubre de 2014 (Exp. N° 760012333000201400304-01), en torno a que la edad de retiro forzoso no es una inhabilidad.

Del mismo modo estuvo de acuerdo con la tesis del Tribunal *a quo*, consistente en que para los Rectores de universidades públicas no opera como edad de retiro forzoso los 65 años de edad, sino que analógicamente debe aplicarse el tope de 75 años fijado en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, ya que “*es palmario que este cargo es por esencia el de mayor entidad dentro de la actividad docente*”.

Recordó que la discusión envuelve el ejercicio del derecho fundamental contemplado en el artículo 40 Constitucional, que no se agota en el derecho a votar sino que también se extiende al derecho a ser elegido, motivo por el cual la interpretación deber guiarse por el principio *pro homine* o *pro libertatis*, como así lo expresó esa delegada en el concepto rendido en el proceso seguido contra la elección de la Gobernadora de Córdoba (Exp. 230012331000200800087-02) y lo sostuvo esta Sección en el fallo de 27 de marzo de 2009 dentro del proceso promovido contra la elección de Concejales de Santa Marta, radicado bajo el número 470012331000200700502.

Aseveró que mantener en el servicio educativo a las personas que han superado los 65 años de edad sí desarrolla el propósito indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997, y que con el acto acusado “*no se desconoció el ordenamiento legal por el contrario, ..., con [él] se ha permitido y materializado la participación de la comunidad educativa en la dirección de la institución de educación y se fomentan las prácticas democráticas, signos distintivos del servicio público de la educación, ...*”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, porque así lo autoriza el artículo 150 del CPACA, modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012²⁸.

²⁸ El texto de la norma dice:

“Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos

²⁵ Exp. 201400341 C. 7 fls. 708 a 717.

²⁶ Exp. 201400341 C. 7 fls. 718 a 722.

²⁷ Exp. 201400341 C. 7 fls. 724 a 740.

2. Prueba del acto acusado

La designación del doctor **Édgar Parra Chacón** como Rector de la Universidad de Cartagena, por el período 2014-2018, se acreditó con copia de la Resolución 03 de 30 de mayo de 2014, expedida por el Presidente del Consejo Superior Universitario²⁹.

3. Cuestión previa

La apoderada judicial del departamento de Bolívar, al formular los alegatos de conclusión en segunda instancia, sostuvo que si bien no era el momento de alegar nulidades procesales sí quería dejar constancia que los señores **ALFONSO ÁLVAREZ REALES, JOSÉ LUIS CARVAJAL JIMÉNEZ** y **NÉSTOR DÁVILA-PESTANA VERGARA** presentaron la demanda sin estar asistidos por abogado titulado, y que el señor Fabio Castellanos Herrera igualmente interpuso demanda sin acreditar la condición de abogado en ejercicio, que dijo tener.

En vigencia de las reglas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), le corresponde al juez una vez se ha superado cada una de las etapas o fases del proceso, realizar un control de legalidad a la actuación con el propósito de aplicar las medidas necesarias para su saneamiento y de ese modo culminar con una sentencia de fondo oportuna. Así lo establece el artículo 207 al consagrar:

“Artículo 207. Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes”.

Al margen de si esos hechos configuran o no causal de nulidad, debe advertirse que es la audiencia inicial la oportunidad propicia para presentar reparos al procedimiento adelantado y no esperar hasta la segunda instancia para objetar la falta de representación judicial de los accionantes, pues conforme lo prevé la norma transcrita, lo acontecido en la etapa que se culmina impide que se alegue con posterioridad. Este razonamiento impone rechazar por extemporáneo el planteamiento de la representante judicial del departamento de Bolívar que su manifestación es evidentemente.

y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de las peticiones de cambio de radicación de un proceso o actuación, que se podrá disponer excepcionalmente cuando en el lugar en donde se esté adelantando existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales o la seguridad o integridad de los intervinientes.

Adicionalmente, podrá ordenarse el cambio de radicación cuando se adviertan deficiencias de gestión y celeridad de los procesos, previo concepto de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Parágrafo.- En todas las jurisdicciones las solicitudes de cambio de radicación podrán ser formuladas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”.

29 Exp. 201400321 C. 1º fl. 134.

De otro lado, es del caso advertir que el medio de control de nulidad electoral, constituye el mecanismo judicial procedente para juzgar la validez de actos electorales, y comoquiera que es una acción de naturaleza pública, desarrollada como expresión de lo previsto en el artículo 40 numeral 7 constitucional, cualquier ciudadano está legitimado para su ejercicio en defensa de la Constitución y la Ley.

Esta potestad se encuentra reconocida en el artículo 28 del Decreto Ley 196 de 12 de febrero de 1971 *“Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía”*³⁰, pues establece como excepción la de litigar en causa propia, sin estar asistido por abogado inscrito, cuando se interponen *“las acciones públicas consagradas por la Constitución y las leyes”*.

4. Del objeto de la apelación

Los señores **JOSÉ LUIS CARVAJAL JIMÉNEZ (201400321)**, **FABIO CASTELLANOS HERRERA (201400341)**, **NÉSTOR DÁVILA-PESTANA VERGARA (201400342)**, **ALFONSO ÁLVAREZ REALES (201400343)** Y **JUAN SEBASTIÁN FRANCO REYES (201400509)**, demandaron que se declare la nulidad de la elección del doctor Édgar Parra Chacón como Rector de la Universidad de Cartagena por el período 2014-2018.

Informan que el demandado, que venía de ser docente del mismo claustro universitario³¹, para el día en que se surtió su elección como Rector de la Universidad de Cartagena ya contaba con 65 años de edad³², es decir, que por haber llegado a la edad de retiro forzoso no podía ser escogido para ocupar esa dignidad, de conformidad con lo prescrito en los artículos 29 y 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y 122 del Decreto 1950 de 1973 que lo reglamentó, entre otras disposiciones.

La defensa, por su parte, señaló que las normas anteriores, por virtud del principio de autonomía universitaria, no son aplicables al Rector de una universidad pública, para quien por el contrario debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que permite a los docentes de Entes Universitarios Autónomos, y de contera a los Rectores, continuar en el ejercicio de sus cargos hasta por diez años más, esto es que su retiro forzoso se extiende a los 75 años de edad.

El Tribunal *a quo* se inclinó por la tesis esbozada por la parte demandada, para lo cual adujo en esencia que la llegada a la

30 No fue derogado expresa ni tácitamente por la Ley 1123 de 22 de enero de 2007 “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

31 Este hecho no lo discute ninguno de los sujetos procesales. Es más, el Jefe del departamento de Pediatría de la Universidad de Cartagena, doctor Enovaldo Herrera Galvis, con documento de 10 de junio de 2014, certificó que el doctor Édgar Parra Chacón es docente de planta de tiempo completo de esa universidad y que incluso para el período 2014-1 está desarrollando carga académica (Exp. 201400321 C. 1º fl. 416). Este documento no fue tachado de falso.

32 Este hecho tampoco generó debate entre los contendientes. Además, dentro del acervo probatorio se cuenta con copia del registro civil de nacimiento del doctor Édgar Parra Chacón, expedido por el Registrador del Estado Civil de Líbano – Tolima (Exp. 201400341 C. 1º fl. 25), según el cual su nacimiento tuvo lugar el 13 de abril de 1949, de modo que los 65 años los cumplió el 13 de abril de 2014, antes de que se expediera la Resolución 03 de 30 de mayo del mismo año.

edad de retiro forzoso no se erigía en causal de inhabilidad para la persona, y que por el régimen de autonomía que el constituyente le había reservado a las universidades públicas no se les podía aplicar el régimen general de las normas invocadas por los actores. Agregó que debido a que en los estatutos de la Universidad de Cartagena no se había fijado la edad para el retiro forzoso del Rector, y en razón a que ese empleo tenía naturaleza académico-administrativo, sí se le podía aplicar la regla del artículo 19 de la Ley 344 de 1996.

En la apelación insiste en los razonamientos planteados en las demandas. La defensa hizo lo propio en cuanto a sus planteamientos, con la precisión que los demandantes consideran que se desconocieron algunos precedentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

De acuerdo con estos planteamientos, la Sala abordará los aspectos sometidos a examen, así: **i)** la autonomía de las universidades públicas; **ii)** es la edad de retiro forzoso una causal de inhabilidad; **iii)** los regímenes previstos en el Decreto Ley 2400 de 1968 y su Decreto reglamentario 1950 de 1973, y el especial contemplado en la Ley 344 de 1996 para docentes universitarios; y **iv)** definirá si el acto enjuiciado se ajustó o no al ordenamiento jurídico.

4.1. Autonomía Universitaria

La Asamblea Nacional Constituyente convocada para 1991 reconoció la preponderancia que para el desarrollo social tienen las universidades estatales, por ser allí donde se forman las personas que en el mañana regirán los destinos del Estado y de la comunidad desde diferentes escenarios. El constituyente consideró que ese importante papel no se podía cumplir de forma cabal si las universidades oficiales quedaban sujetas o subordinadas a los gobiernos de turno, ya que el manejo de la política no siempre va por el mismo camino del pensamiento académico inspirado en la libertad, y por ello tomó la decisión de dotarlas de un **régimen especial de autonomía**, concebido en la Constitución Política de 1991, así:

“**Artículo 69.** Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”.

El constituyente empleó los términos correctamente para dar a entender que las universidades oficiales no solamente serían

autónomas, como muchos otros órganos y entidades citados en la Constitución de 1991, tales como la Comisión Nacional de Televisión³³, la Organización Electoral, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, las Corporaciones Autónomas Regionales, etc., sino que además tendrían un **régimen especial** de autogobierno y autorregulación, sin menoscabo de las facultades propias del legislador. Así, la nueva visión de las universidades estatales fue definida por el Tribunal Constitucional en estos términos:

“El principio de autonomía universitaria, consagrado en el artículo 69 de la Carta Política, que consiste en la facultad de la que gozan las universidades para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley, ha sido concebido por esta Corporación *“como un principio de autodeterminación derivado de la Constitución, que propende por la garantía para los centros educativos de desarrollar su misión, filosofía y objetivos, en un entorno adaptado a su ideología y los fines académicos que se plantea”*^{34,35}.

El legislador, con el ánimo de desarrollar el régimen especial de autonomía de las universidades públicas, profirió la Ley 30 de 28 de diciembre de 1992 *“Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior”*, que estableció que el grado de autonomía se vería reflejado en aspectos tales como: (i) darse y modificar sus estatutos; (ii) designar sus autoridades académicas y administrativas; (iii) crear, organizar y desarrollar programas académicos; (iv) definir y organizar labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales; (v) conferir los títulos a sus egresados; (vi) seleccionar los profesores; (vii) admitir a los alumnos y adoptar sus regímenes; y, (viii) establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y la función institucional (Artículos 28 y 29).

En efecto, el régimen de autonomía le permite a las universidades oficiales libertad en materia normativa, pues dentro de sus atribuciones puede expedir los estatutos que rigen su actividad. En ese sentido fija el Gobierno de la universidad sin injerencias externas, pero ello no implica el aislamiento del Estado ya que la formación educativa de la sociedad, por tener un marcado interés general, involucra el desarrollo de las políticas públicas que se trazan desde el Gobierno nacional o seccional, según el caso. Y, quizás lo más importante, esa autonomía se refleja en el terreno académico y filosófico, pues apunta a que el pensamiento universitario se desarrolle sin las ataduras que pueden desprenderse de las inclinaciones ideológicas de los gobiernos correspondientes.

³³ Esta entidad desapareció a raíz de la expedición del Acto Legislativo 02 de 21 de junio de 2011 “Por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia”. La Ley 1507 de 10 de enero de 2012 “Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones”, creó en lugar de la Comisión Nacional de Televisión la Autoridad Nacional de Televisión.

³⁴ Sentencia T-703 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 14 de febrero de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En todo caso, la realización del régimen de autonomía de las universidades estatales debe surtirse, en cualquiera de los planos aludidos, “*de acuerdo con la ley*”. Esta expresión debe tomarse en sentido material y teleológico. Es decir, que los estatutos, actuaciones y decisiones que adopten los centros de educación deben observar la Constitución Política y los tratados internacionales suscritos o acogidos por el Estado Colombiano en temas de derechos fundamentales y de educación, y la ley.

Tal sujeción a las normas superiores al momento de expedir sus disposiciones de autorregulación se contempla en el artículo 67 de la Ley 30 de 1992, que dispone:

“Artículo 67. Los integrantes de los consejos superiores o de los consejos directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y **el rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos**, así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del consejo superior universitario o de los consejos directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten”. (Las Negrillas son de la Sala)

Esta norma reconoce que si bien los estatutos de la universidad pueden fijar los requisitos que deben cumplir las personas que se desempeñen como integrantes del Consejo Superior Universitario o como Rector³⁶, están sometidas a la normativa general fijada por el constituyente y el legislador, esta última como una potestad atribuida al Congreso de la República en los términos del artículo 150 Superior para “*Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos*”.

Frente a la facultad que tiene el Congreso de la República para determinar la edad de retiro forzoso para los funcionarios públicos, la analizó la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“... la aptitud general sobre una regulación, que es la cláusula general de competencia, está abierta hacia las necesidades de la vida en sociedad, que son las que exigen una regulación determinada. Así las cosas, se tiene el siguiente razonamiento: La Carta Política establece el criterio del factor edad como causal de retiro forzoso; las necesidades de la vida social exigen que se determine cuál es esa edad, luego es al legislador a quien corresponde hacerlo de acuerdo con su naturaleza ordenadora.

Lo anterior se corrobora si se tiene en cuenta que la ley es una declaración de la voluntad soberana,

expresada en la forma que previene la Constitución a través de sus representantes, con el fin de realizar el bien común. Esa voluntad soberana -que es la voluntad general- se declara mediante una prescripción racional que manda, prohíbe, permite o castiga, y para ello tiene que determinar las cosas. De lo contrario jamás se satisfaría el interés general, que es prevalente.”³⁷

Entonces, este régimen de autonomía de las universidades oficiales se desarrolla dentro de los límites generales que ha dispuesto el ordenamiento jurídico, pues ello no representa que la autorregulación y el autogobierno signifique el desconocimiento del carácter unitario del Estado Colombiano que se propugna en el artículo 1º de la Constitución Política de 1991.

4.2.- Edad de Retiro Forzoso

Los demandantes en los procesos acumulados coinciden en señalar que la elección del doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN** está viciada de nulidad porque para el día en que esta tuvo lugar, el elegido ya contaba con más de 65 años de edad. Aluden a que esta circunstancia lo inhabilitaba o lo hacían inelegible, por infringir lo dispuesto en los artículos 29 y 31 del D.L. 2400 de 1968 y 122 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

Para desarrollar los asuntos sometidos a examen ha de decirse que el concepto de inhabilidad se encuentra definido en el artículo 279 de la Ley 5ª de 17 de junio de 1992 “*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*”, según el cual corresponde a “*todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo*”.

El legislador, en la anterior definición, acudió a dos expresiones que comprenden los factores que dar lugar a su configuración. De una parte, está el *acto* como expresión de la voluntad humana, que en determinados casos puede conducir a que la persona se le impida el acceso a un cargo público o que incluso deba retirarse del mismo, como ocurre, v.gr., con las condenas penales impuestas por la comisión delitos dolosos o con la celebración de contratos con entidades públicas. Y, del otro, las *situaciones* como manifestación ajena a la voluntad de la persona, entendida como el “*Conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento*”³⁸, pero que puestas en un escenario concreto representan una limitantes al derecho de acceso al ejercicio de la función pública, tal es el caso del parentesco que en determinados grados y por el desempeño que esa persona realice frente a una determinada función en un espectro geográfico delimitado, impediría su postulación y desde luego la elección de una persona, o representaría una causal de anulación de esta última.

³⁶ Artículo 66. El rector es el representante legal y la primera autoridad ejecutiva de la universidad estatal u oficial y será designado por el consejo superior universitario. Su designación, requisitos y calidades se reglamentarán en los respectivos estatutos”.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 9 de agosto de 1995. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁸ Diccionario de la Real Academia Española.

Así, las inhabilidades no solamente se identifican por la capacidad invalidante que tienen, sino también porque corresponden a actos o situaciones relativos a la persona. Por el carácter teleológico de su inspiración, apuntan a que el desempeño de la función pública la desarrollen personas probas, libres de toda tacha o sanción penal, que no representen factores de desequilibrio del poder derivados del propio Estado que hayan roto el principio de igualdad en el proceso que antecedió a su designación o elección.

La Corte Constitucional al respecto ha puntualizado:

“5.3. Para decidir sobre el asunto sometido a examen de la Sala es pertinente reiterar³⁹ que en el ordenamiento jurídico existen dos tipos de inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas⁴⁰. **En el primer tipo** están las inhabilidades que se fijan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria. En este evento, las inhabilidades pueden ser de índole permanente o temporal y, en ambos casos, opera con carácter general frente al desempeño futuro de funciones públicas o, como en el presente caso, respecto de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.

En el segundo tipo están las inhabilidades que se desprenden de una posición funcional o del desempeño de ciertos empleos públicos. Estas pueden también ser permanentes o transitorias pero, a diferencia del anterior grupo, no tienen carácter general y se aplican con carácter restringido solo frente a los cargos o actuaciones expresamente señalados por la autoridad competente.

Las inhabilidades **del primer tipo** constituyen igualmente una sanción, como consecuencia del delito o de la falta disciplinaria; por el contrario, las **del segundo tipo** no representan una sanción sino una medida de protección del interés general en razón de la articulación o afinidad entre las funciones del empleo anterior y las del empleo por desempeñar”.⁴¹ (Las negrillas no son de la Sala)

De esta manera puede concluirse que la edad de retiro forzoso no puede calificarse como una inhabilidad. Al respecto esta Sección concluyó lo siguiente:

“Conforme lo expuesto, puede afirmarse que la fijación de una edad de retiro forzoso no constituye una inhabilidad en tanto, no pretende garantizar los principios de imparcialidad y moralidad administrativa,

sino a que (sic) responde a una política legislativa de ordenación y renovación del empleo público.⁴²

La Corte Constitucional, al estudiar las normas que establecen en 65 años la edad de retiro forzoso para los servidores públicos, ha señalado dos razones principales para avalar la constitucionalidad de esta medida⁴³:

En primer lugar, permite al Estado redistribuir y renovar los empleos públicos, considerados como un recurso escaso, para que todos los ciudadanos puedan acceder a él en igualdad de oportunidades. De esta manera, se logra la efectividad del principio de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos (arts. 13 y 40-7 C. P.), del derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como servidores públicos (art. 25) y de los mandatos constitucionales que ordenan al Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (art. 54) y dar pleno empleo a los recursos humanos (art. 334).

Por otra parte, no afecta el mínimo vital de quienes son separados de sus cargos pues el retiro forzoso por alcanzar los 65 años de edad, es compensado con el derecho que adquieren al disfrute de su pensión de jubilación y demás garantías que el Estado debe otorgar a las personas de la tercera edad.

Así las cosas, la fijación de una edad de retiro forzoso no responde a la teleología del régimen de inhabilidades, puesto que el hecho de cumplir 65 años de edad, *per se*, no implica la afectación del interés general que debe privilegiar el funcionario público, ni su probidad, idoneidad y honorabilidad, así como tampoco, la trasgresión de los principios que rigen la función pública”.⁴⁴

Así las cosas, ha de reiterarse que la edad de retiro forzoso claramente no es una inhabilidad ya que no se inspira en la protección de ninguno de los valores que la axiología constitucional pregona. Es un instrumento de racionalización del empleo ofrecido por el Estado, que apunta a permitir que un mayor número de personas se puedan beneficiar del mismo por medio de la inevitable rotación que debe surtir con el paso del tiempo, además de conducir a que el esfuerzo laboral de muchos años se vea compensado con el disfrute de una asignación mensual sin tener que seguir prestando el servicio personal, como por cierto ocurre con la pensión de vejez. En similares términos lo expresó la jurisprudencia constitucional al señalar:

39 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2003.

40 En principio las inhabilidades impiden el acceso a la función pública, pero la naturaleza jurídica de las mismas permite hacer extensivas sus características a algunas situaciones en las cuales los particulares traban relaciones jurídicas con el Estado, como ocurre en el caso de la celebración de contratos regulada mediante la Ley 80 de 1993.

41 Corte Constitucional. Sentencia C-353 de 20 de mayo de 2009. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

42 Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-531-95, C-563 de 1997 y T-154 de 2012.

43 Sentencia C-563 de 1997.

44 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 8 de octubre de 2014. Acción de cumplimiento No. 760012333000201400304-01. Demandante: Armando Paláu Aldana. Demandado: Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC. M. P. (e) Alberto Yepes Barreiro.

“...porque se trata de una figura constitucional, y porque, además, deben brindarse oportunidades laborales a otras personas, que tienen derecho a relevar a quienes ya han cumplido una etapa en la vida. Los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, ya que la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que este no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente. La función pública es de interés general, y en virtud de ello, la sociedad tiene derecho a que se consagren garantías de eficacia y eficiencia en el desempeño de ciertas funciones. Por ello es razonable que exista una regla general, pero no absoluta, que fije una edad máxima para el desempeño de funciones, no como cese de oportunidad, sino como mecanismo razonable de eficiencia y renovación de los cargos públicos.”⁴⁵

Surge entonces la pregunta: ¿Si la edad de retiro forzoso no es una inhabilidad por qué puede invalidar un nombramiento o una elección? Porque la edad, en el ordenamiento jurídico interno, es un requisito de validez para ocupar los empleos públicos. Así lo determina el artículo 275 del CPACA al prescribir que “*Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:...* 5.- *Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad*”. (Se colocan las negrillas).

El requisito de la edad es una exigencia que tiene dos extremos. De un lado, está la edad para acceder a los cargos públicos, como por ejemplo ocurre con los congresistas, ya que para ser Representante a la Cámara y Senador de la República se debe tener más de 30 y 25 años de edad, respectivamente para la fecha de la elección (C. P. Arts. 172 y 177). Y, del otro, se encuentra la edad máxima hasta la que se puede trabajar al servicio del Estado, que como se ha ventilado ampliamente en los procesos acumulados, es por lo general de 65 años.

La edad para ocupar un cargo público, bien sea para acceder o para permanecer en el mismo, si bien no es una inhabilidad sí corresponde a un requisito, que de no acreditarse para el momento de la elección o la designación puede propiciar su nulidad. Además, si durante el ejercicio de sus funciones llegare a sobrevenir la edad de retiro forzoso, lo conducente es que la persona se aparte del cargo o se le separe del mismo.

4.3.- Régimen previsto en el Decreto Ley 2400 de 1968 y en su Decreto reglamentario 1950 de 1973 sobre la edad de retiro forzoso

El tema de la edad de retiro forzoso fue abordado en el Decreto Ley 2400 de 19 de septiembre de 1968 “*Por el cual se modifican*

las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, en los artículos 29 y 31 que expresan:

“Artículo 29. (Mod. Dto. 3074/68 Art. 1º). El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el Gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años”.

“Artículo 31. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos. Exceptúanse de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto”. (Se resalta).

La norma anterior fue desarrollada por el Presidente de la República con la expedición del Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973 “*Por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, que en su artículo 122 dispuso:

“Artículo 122. La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año”. (Negrillas de la Sala).

De conformidad con las normas anteriores la edad de retiro forzoso se fijó en 65 años. Sin embargo, algunos cargos del más alto nivel quedaron exceptuados de ese régimen legal por voluntad del propio legislador extraordinario.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 9 de agosto de 1995. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Los destinatarios de estas disposiciones se fijó en el artículo 1º del D.L. 2400 de 1968 así: “*El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público*”⁴⁶.

Ya en vigor la Constitución Política de 1991 se expidió la Ley 27 de 23 de diciembre de 1992, “*por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones*”⁴⁷. Su ámbito de aplicación se definió en el artículo 2º, que expresamente señaló que las reglas fijadas en el D.L. 2400 de 1968 y sus decretos reglamentarios serían aplicables en los siguientes términos:

“**Artículo 2º. De la cobertura.** Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los **Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968**, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, **sus decretos reglamentarios** y las normas que las modifiquen o adicionen **son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales**, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales.

Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con **sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución**, que carecen de ellas, de las Contralorías Departamentales, Distritales diferentes al Distrito Capital, Municipales, Auditorías y/o Revisorías Especiales de sus entidades descentralizadas, y de las Personerías, **le serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.**

Los servidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República, Congreso de la República y por virtud de la Ley, Ministerio de Defensa, Organización Electoral y demás entidades y sectores **con carreras especiales o sistemas específicos de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley.**

Las disposiciones de la presente ley serán igualmente

aplicables a los funcionarios de la Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, **mientras estas entidades adoptan sus respectivas normas de carrera ordenadas por la Constitución Política.**

Parágrafo. Los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas reglamentarias del mismo, en todo aquello que esta ley no modifique o regule expresamente”. (La Sala pone las negrillas).

Esta norma expedida en desarrollo de la nueva estructura del Estado fijado por la Constitución Política de 1991, dispuso que las reglas del D.L. 2400 de 1968 continuaban vigentes para los funcionarios de la Rama Ejecutiva. De igual modo reconoció el carácter autónomo y de independencia que el constituyente le otorgó a ciertos órganos del Estado. De ahí surgen los regímenes especiales y el carácter autónomo de ciertas entidades y, en consecuencia, la aplicación de esta normativa con carácter supletorio frente a estas.

Luego se profirió la Ley 443 de 11 de junio de 1998, “*por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”⁴⁸, que estableció el siguiente campo de aplicación:

“**Artículo 3º. Campo de aplicación.** Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional, departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados; en las corporaciones autónomas regionales; en las personerías; en las entidades públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; **al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera;** al personal administrativo de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como a los de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores.

Parágrafo 1. En caso de vacíos de las normas que regulan las carreras especiales a las cuales se refiere la Constitución Política, serán aplicadas las disposiciones contenidas en la presente ley y sus complementarias y reglamentarias.

46 En aquel entonces regía la Constitución Política de 1886, en cuyo artículo 55 se disponía: “Son Ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional”. Es decir, que el ámbito de aplicación de las normas en comento se restringía exclusivamente a la Rama Ejecutiva, y por lo mismo no cobijaba las demás Ramas del Poder Público (Legislativa y Jurisdiccional).

47 Esta ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.

48 Esta ley fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, con excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82.

Parágrafo 2°. Mientras se expiden las normas de carrera para el personal de las Contralorías territoriales, para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y para los empleados del Congreso de la República, de las asambleas departamentales, de los concejos distritales y municipales y de las juntas administradoras locales les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Esta norma, al igual que la anterior, reconocía el carácter autónomo y especial de ciertos órganos en el ordenamiento Constitucional, pues le fijaba un carácter supletorio a sus disposiciones frente a esos organismos. Sin embargo, destaca la Sala que la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-560 de 17 de mayo de 2000, con ponencia del doctor **Alfredo Beltrán Sierra**, declaró la exequibilidad de la norma subrayada pero *“bajo el entendido de que en ella no quedan comprendidas las universidades estatales u oficiales organizadas como entes universitarios autónomos conforme a la ley”*. Es decir, que las universidades oficiales, dada la autonomía constitucional que se le reconoce, quedan al margen de las disposiciones de carrera que el legislador les concedió a la generalidad de los empleados públicos.

Así, 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”*, refiere en torno a su ámbito de aplicación lo siguiente:

“Artículo 3°. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- AL PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR QUE NO ESTÉN ORGANIZADAS COMO ENTES UNIVERSITARIOS AUTÓNOMOS.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional.

- Derogado por el art. 14, Ley 1033 de 2006. A los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

- Derogado por el art. 14, Ley 1033 de 2006. A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 30 de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación.

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las asambleas departamentales, de los concejos distritales y municipales y de las juntas administradoras locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.

- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

- Fiscalía General de la Nación.

- Entes universitarios autónomos”.

“Artículo 55. Régimen de administración de personal. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400

y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, **se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3° de la presente ley**”.

Esta norma conserva entonces ese carácter supletorio que imperó en el D.L. 2400 de 1968 y sus decretos reglamentarios, y se aplica frente a la generalidad de los empleados al servicio del Estado de conformidad con las reglas de la Ley 909 de 2004.

Frente al sector que interesa al presente estudio –Entes Universitarios Autónomos–, se observa que no se encuentran cobijados en forma principal, puesto que expresamente dice en el inciso 3° del literal a) numeral 1 del artículo 3°, que opera sobre el personal administrativo de las instituciones de educación superior “*que no estén organizados como entes universitarios autónomos*”, lo cual se ajusta al pronunciamiento de la Corte Constitucional que se citó en precedencia y que salvaguardó, con un fallo condicionado, el carácter autónomo de las universidades públicas.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 en cita se determina que las disposiciones de administración de personal previstas en la Ley 909 de 2004 y el D.L. 2400 de 1968 y sus decretos reglamentarios, por razón de ese carácter supletorio y la exclusión expresa respecto de los entes autónomos, no resulta aplicable. En lo que respecta al cargo de Rector además porque no se gobierna por el régimen de carrera, en tanto su elección supone una elección de carrera sometida a un período fijo. Esta Sala ya había precisado:

“De entrada advierte la Sala que este cargo no tiene vocación de prosperidad, pues si bien la Ley 909 de 2004 aplica de manera supletoria para el caso de los servidores públicos de carrera de los Entes Universitarios Autónomos, tal como lo establece el artículo 3° de esa norma; **lo cierto es que no rige para el caso del Rector de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, que es un cargo de período, como se verá a continuación**”.⁴⁹

4.4. Régimen previsto en la Ley 344 de 1996

Frente a la edad de retiro forzoso del personal docente perteneciente a las universidades públicas –Entes Universitarios Autónomos– el Congreso de la República al expedir la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*”, contempló la siguiente regla:

“Artículo 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el

servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. **Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más**. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones”.

Esta ley se expidió con el objeto de racionalizar el gasto público y con tal fin, fijó en el artículo transcrito varias reglas en materia pensional. Se refirió en general a los servidores públicos para establecer que no obstante adquirir su derecho a la pensión podían, si así lo decidían, escoger entre gozar ese beneficio o permanecer vinculado a la administración hasta llegar a la edad de retiro forzoso. Frente a los docentes universitarios, determinó que podían continuar en el servicio por 10 años más, es decir los habilitó para seguir en ejercicio de sus funciones hasta los 75 años de edad. Y, por último, dispuso que la pensión estaba supeditada al efectivo retiro del servicio.

Ahora bien, la prerrogativa para los docentes universitarios la explicó la Corte Constitucional, en el fallo que declaró su exequibilidad, de la siguiente manera:

“26. En el presente caso, el legislador consagra, a favor de un tipo de servidores vinculados al régimen de carrera administrativa, una prerrogativa **que no se atribuye a la generalidad de los restantes servidores sometidos al mismo régimen**, consistente en concederles la facultad de diferir, durante diez años, la edad de retiro forzoso.

La excepción consagrada, **tiene la finalidad de permitir que los docentes universitarios ejerzan sus funciones hasta los setenta y cinco años, si así lo consideran conveniente y si no han incurrido en ninguna causal de retiro**. El objetivo no es otro que el de autorizar a los centros de educación superior y a las personas que han demostrado sus calidades docentes para que estas puedan permanecer en el servicio de la educación superior.

La Corte ya ha puesto de manifiesto la protección especial que la Constitución confiere a la educación superior. Al respecto, el artículo 68 de la C. P., señala que la enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. Adicionalmente, la Carta impone al legislador la obligación de garantizar la profesionalización y dignificación de la actividad docente. En estas condiciones, es claro el interés constitucional por mantener, en sus puestos de trabajo, a quienes han cumplido con las condiciones de idoneidad suficientes para poder servir a la mejor formación de los educandos. Así, advierte la Corporación que existe una razón constitucional, tan fuerte como la que ampara la definición de la edad de

⁴⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 30 de enero de 2014. Expediente No. 110010328000201200066-00. Demandante: Fernando Díaz Yara. Demandado: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. M. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

retiro forzoso, para establecer, a favor de los profesores universitarios, la excepción que se estudia, y que la misma es útil y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido⁵⁰. (Subrayas y negritas fuera del texto).

De lo anterior, se puede concluir que este artículo que concierne a la edad de retiro forzoso frente a los Entes Universitarios Autónomos, constituye un régimen especial de aplicación preferente respecto del régimen general que se estudió en precedencia, con la particularidad que, como lo precisó la Corte Constitucional, opera para los docentes universitarios, pero no para la generalidad de los servidores públicos que laboran al servicio de las universidades oficiales.

4.5. Solución del caso concreto

El estudio normativo y jurisprudencial realizado hasta el momento reveló que en relación con la edad de retiro forzoso existe un régimen general previsto en el D.L. 2400 de 1960 y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que fija en 65 años de edad el requisito para permanecer en el cargo; y que, por otro lado, existe un régimen especial consagrado en la Ley 344 de 1996 que permite que continúen en el ejercicio de funciones por 10 años más, a quienes tienen la calidad de docentes universitarios, es decir, que la edad de retiro forzoso para ellos se elevó a 75 años.

Así, bajo tal precisión se entrará a examinar cuál es el régimen aplicable al cargo de Rector de la Universidad de Cartagena bajo el entendido que no existe frente a estos entes autónomos un régimen particular y especial que así lo establezca y que sirva de norma marco para determinar los límites temporales de permanencia en el cargo de rector de la Universidad de Cartagena. La anterior conclusión porque no le es directamente aplicable el régimen general previsto en el D.L. 2400 de 1968 y su decreto reglamentario, ni tampoco resulta en principio para el cargo de rector, aquel comprendido en el régimen especial de la Ley 344 de 1996.

Para resolver esta dicotomía es preciso analizar si los estatutos de la Universidad de Cartagena y, bajo el entendido que constituyen norma de autorregulación de dicho ente, determinaron algún parámetro del que se logre inferir la pertinencia a uno u otro régimen de los aludidos, pues ante la evidente ausencia de regla expresa sobre el particular, se hace necesario examinar el contenido de sus disposiciones internas especiales y, realizar a partir de ellas, una integración normativa.

Para dicho examen es del caso señalar que la Universidad de Cartagena, tiene la calidad de Ente Universitario Autónomo⁵¹, según el artículo 2⁵² de sus Estatutos y la certificación que obra en el expediente:

50 Corte Constitucional. Sentencia C-584 de 13 de noviembre de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

51 La Secretaría General de la Universidad de Cartagena, doctora Marlin Mardini Llamas, con fecha 20 de agosto de 2014 expidió la aludida certificación que obra en el Exp. 201400321 C. 1º fl. 135.

52 .

“[...] la Universidad de Cartagena, con domicilio en la ciudad de Cartagena, es un ente Universitario autónomo, de carácter académico, con régimen especial, vinculada al Ministerio de Educación Nacional, en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo; del orden departamental, conforme a los artículos 57 y 64 de la Ley 30 de 1992 y artículos 5 y 26 del Acuerdo No. 40 de 1996 (Estatuto General), creada por el Decreto del 6 de octubre de 1827, expedido por el Libertador Simón Bolívar y reconocida por disposiciones legales posteriores, entre ellas la Ordenanza No. 12 de 1956 del Consejo Administrativo de Bolívar, el Decreto No. 166 del 24 de febrero de 1983 de la Gobernación del departamento de Bolívar y el Acuerdo No. 40 del 5 de diciembre de 1996 del Consejo Superior (Estatuto General de la Universidad de Cartagena)”.

Ahora bien, el Acuerdo 40 de 5 de diciembre de 1996, “por medio del cual se reforma el Acuerdo No. 3 del 18 de Enero de 1994 del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena⁵³. (Estatuto General), dictado por el Consejo Superior Universitario, dispone frente al cargo de Rector lo siguiente:

“Artículo 35. El Rector es el representante legal y primera autoridad ejecutiva de la Universidad de Cartagena. Lo designará el Consejo Superior de esta institución, mediante un proceso electoral en el cual participarán los profesores, estudiantes y empleados administrativos.

Para ser Rector se requiere ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; mayor de 35 años; poseer título universitario; tener, como mínimo, **diez (10) años de vinculación con la Universidad de Cartagena; ser, o haber sido al menos Profesor Asociado de la Institución** y acreditar por lo menos tres (3) años de experiencia en administración académica, cultural, científica o tecnológica, o demostrar aportes a la ciencia, la técnica, la cultura o al desarrollo social, productivo o institucional de la Universidad de Cartagena.

PARAGRAFO: No participarán en este proceso: los estudiantes de los postgrados que se estén realizando fuera de la ciudad de Cartagena y los administrativos vinculados por contrato”.

Además el artículo 91 de los referidos estatutos califica el cargo de Rector de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 91.- Para efectos del presente estatuto, se entiende por cargos académico-administrativos, los siguientes:

Rector

53 Exp. 201400321 C. 1º fls. 136 a 159.

[...]

Parágrafo: **Se entiende por cargo académico administrativo**, el desempeñado por un docente en comisión para ello”.⁵⁴ (Las negrillas son de la Sala).

De acuerdo con las normas que anteceden la Sala estima que ha de privilegiarse la connotación académica que se le asigna al cargo de rector en la Universidad de Cartagena. Tal conclusión, por cuanto es requisito para su elección que aquellos participantes que aspiren a ser designados, deben acreditar el ejercicio de la docencia en dicha Universidad por un término mínimo 10 años, bien que se encuentre desarrollándola de manera actual en dicho ente, o demuestren que fungieron como docentes de la Institución por dicho plazo.

Dichos requerimientos fijados en el Estatuto Universitario, que fuera dictado en ejercicio de esa autonomía y autodeterminación normativa que les confirió la Carta Política a los entes autónomos, impone como conclusión que es prerrequisito para ocupar el cargo de Rector de la Universidad de Cartagena el haber ejercido o estar ejerciendo el cargo de docente universitario.

Esta pertenencia a la planta de docentes de la Universidad supone necesariamente que si a estos se les fijó la regla de edad de retiro forzoso en 75 años, lógico resulte que dada esa legitimación especial para el ejercicio del cargo de rector, calificado como **académico-administrativo**, deba aplicárseles este régimen especial previsto por la Ley 344 de 1996. Lo anterior, ante la ausencia en los estatutos de determinación sobre el límite de la edad máxima para su ejercicio, y porque resulta mandatorio acudir a los postulados que allí se propugnan y que le otorgan especial reconocimiento a la condición de docente, tanto que es requisito indispensable para el ejercicio de esta autoridad.

De otra parte, y en lo que respecta a la solicitud de aplicación de precedente fijado en la sentencia proferida el 25 de enero de 2002⁵⁵, la Sala explica que, aunque el respeto por el precedente procura la realización del principio de igualdad, de modo que las personas reciban el mismo tratamiento de parte de las autoridades jurisdiccionales, en su aplicación deben confluir identidad de factores que impongan la misma solución jurídica al caso sometido a examen. Es decir, que entre uno y otro asunto debe darse una semejanza en lo fáctico y en lo jurídico. Así lo indicó la doctrina constitucional:

“[...] la Corte ha entendido que el precedente debe ser

⁵⁴ Esta norma es reproducida en el artículo 18 del Acuerdo 04 de 18 de junio de 2002 “Por medio del cual se reglamenta el proceso de consulta para la designación de los cargos de Rector, Decanos de las Facultades y Directores de Programas de la Universidad de Cartagena”, expedido por el Consejo Superior Universitario (Exp. 201400321 C. 1º fls. 161 a 168).

⁵⁵ Dictada por la Sección Quinta en el expediente radicado bajo el No. 110010328000200100035-01 (2561), por medio de la cual se anuló la elección de un integrante de la Junta Directiva de la desaparecida Comisión Nacional de Televisión, porque ese acto se produjo después de que el elegido había llegado a la edad de retiro forzoso (65 años).

anterior a la decisión donde se pretende su aplicación y que **debe existir una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho. En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente**”⁵⁶. (Negrillas fuera del texto).

De esta manera, no existe la posibilidad de extender la solución del examen adoptado en el referido fallo del 25 de enero de 2002 porque no guarda semejanza fáctica con el que en esta providencia se decide. No se predica tal identidad entre los entes autónomos –Comisión Nacional de Televisión y universidades– y el régimen normativo que les resulta aplicable, puesto que el constituyente les reconoció a las universidades públicas, como lo es la de Cartagena una categoría especial de autonomía que implica, como ya se dijo, autorregulación y autogobierno, potestades que se manifiesta en el establecimiento de los requisitos que deben acreditar quienes aspiren a ser Rector.

De otra parte, en lo relacionado con la alegación de los apelantes frente al presunto desconocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-1488⁵⁷ de 2000 mediante la cual se “*Declar[ó] FUNDADA la objeción que por violación del artículo 13 de la Constitución Políticas (sic) presentó el Presidente de la República respecto del proyecto de ley No. 17/98-Cámara, 170/99-Senado y en consecuencia, declárase INEXEQUIBLE el numeral 2 del artículo 1º del proyecto objetado*”, por la aplicación que hiciera el *a quo* del artículo 19 de la Ley 344 de 1996, la Sala estima que no les asiste razón, porque:

- Es cierto que el numeral 2 del artículo 1º del citado proyecto de ley pretendía establecer que “*El servidor público o quien ejerza funciones públicas que demanden la aplicación del esfuerzo intelectual en labores de alta dirección, orientación institucional o asesoría, tales como [...] Rector, [...]*”, tendría derecho a retirarse a los 70 años de edad.
- La objeción que formuló el Presidente de la República se fundó en que el proyecto de norma tuvo al final de la discusión una redacción novedosa que no surtió los cuatro debates que según el ordenamiento jurídico deben dársele al proyecto para convertirse en Ley de la República.
- En opinión del Presidente de la República el consagrar esa excepción frente a **algunos** de los cargos mencionados en la norma objetada –en su listado no mencionó el de Rector de Entes Universitarios Autónomos–, se contrariaba el principio de igualdad.
- El juicio de constitucionalidad que realizó la Corte dio prosperidad a la objeción planteada por el Presidente de la República, pero su análisis se supeditó a que resultaba ambigua e imprecisa, y que en ese sentido una excepción, podría prestarse para subjetivismos y eventualmente

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 7 de octubre de 2011. M. P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁷ Corte Constitucional M. P. dra. Martha Victoria Sáchica Méndez.

convertirse en regla general. En ningún caso se concretó en analizar que los rectores de universidades no podrían ser beneficiarios de una extensión en la edad de retiro forzoso, que es el planteamiento de los apelantes. Para verificar esta conclusión es preciso revisar tal providencia, así:

[...] Cosa distinta ocurre, respecto de las excepciones previstas en el numeral 2 impugnado. En efecto, el criterio general que establece la norma para excluir de ese límite a ciertos cargos, según el cual *“El servidor público o quien ejerza funciones públicas que demanden la aplicación del esfuerzo intelectual en labores de alta dirección, orientación institucional o asesoría”*, así como, *“quienes en el desempeño de sus trabajos realicen contribuciones a la ciencia y a la tecnología”*, **es de tal amplitud y ambigüedad, que termina por desvirtuar la regla general al permitir que, como está concebido, se extienda a una cantidad indeterminada de servidores públicos que desempeñen cargos que encajen en situaciones como la descrita por la norma, con el agravante que en últimas será el nominador el que determine, cuales personas pueden ingresar o permanecer en el servicio sobrepasando la edad establecida por la disposición general.**

[...] En realidad, resulta desproporcionado y sin justificación razonable, que el legislador haya optado por señalar un criterio de diferenciación tan subjetivo, como la **“aplicación del esfuerzo intelectual en labores de alta dirección, orientación institucional o asesoría”**, pues en la práctica, queda en manos de quienes deban aplicar la norma, el establecer las personas que gozan del beneficio de un límite mayor de edad para poder permanecer al servicio del Estado, lo que genera incertidumbre, como quiera que se presta para que pueda ser aplicada de manera discrecional a favor o en desmedro de algunos servidores públicos.

Por consiguiente, **dicho criterio resulta inadecuado para el fin que se buscaba con el establecimiento de excepciones al retiro forzoso, pues si bien puede estar justificado el que ciertos cargos puedan ser desempeñados por personas cuya experiencia y madurez signifique un valioso aporte al servicio público, no lo está el señalamiento de una fórmula subjetiva** que no da certeza respecto de los servidores públicos incluidos en la excepción, lo cual resulta discriminatorio⁵⁸. (Subrayas de la Sala).

- De hecho en tales consideraciones, y a manera de *obiter dicta* la Corte estima que eventualmente puede justificarse el *“que ciertos cargos puedan ser desempeñados por personas cuya experiencia y madurez signifique un valioso aporte al servicio público”*, que es precisamente lo que ocurre en

este caso particular, donde es requisito *sine qua non* que el Rector acredite el ejercicio y vinculación actual o anterior en la Universidad de Cartagena, ello impone que en este caso los participantes se les aplique el régimen especial previsto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que se estableció para los docentes universitarios bajo el entendido que debido a su amplio conocimiento y experiencias acumuladas, es preciso que continúen en el ejercicio de sus funciones hasta los 75 años de edad.

Precisamente el demandado acreditó que es docente de planta de tiempo completo y que para el semestre 2014/1- fecha de la certificación - tenía asignada carga académica.

Así las cosas, en este caso particular y, dada esa connotación especial que se predica del Rector –docente universitario–, para la Sala la elección que se cuestiona no incurre en la violación alegada por cuanto para determinar la edad de retiro de Rector de la Universidad de Cartagena es preciso acudir a la regla establecida en la Ley 344 de 1996. En ese sentido se confirma la decisión del *a quo*.

Por último, frente a la alegación de los demandantes relativa a que para ocupar el cargo de Rector no puede concederse comisión, ello está proscrito por el artículo 84⁵⁹ del Acuerdo 03 de 26 de febrero de 2003, *“por medio del cual se expide el Estatuto del Profesor Universitario de la Universidad de Cartagena”*, norma que además dicen derogó el artículo 91⁶⁰ del Acuerdo 40 de 1996, Estatuto General de la Universidad de Cartagena, la Sala estima que no les asiste razón, por los siguientes motivos:

- En primer lugar no explican porque predicen se configuró la alegada derogación en los términos que establece el artículo 71⁶¹ del Código Civil.

59 “Artículo 84. Según los fines para los cuales se confieren, las comisiones pueden ser:

a) De servicio, para desarrollar labores docentes propias del cargo en un lugar diferente al de la sede habitual de trabajo, cumplir misiones especiales conferidas por la autoridad competente, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la Universidad que se relacionan con el área o la actividad en que presta sus servicios.

b) Para adelantar estudios de posgrado o asistir a cursos de capacitación, adiestramiento, actualización o complementación.

c) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, dentro o fuera de la institución.

d) Para atender invitaciones o participar en programas de intercambio con entidades nacionales o extranjeras, oficiales o privadas y gremiales.

Parágrafo: No se otorgará comisión para ocupar cargos de elección popular y/o de período fijo”. (La Sala destaca).

60 “Artículo 91. Para efectos del presente estatuto, se entiende por cargos académico-administrativos, los siguientes:

Rector

[...]

Parágrafo: Se entiende por cargo académico administrativo, el desempeñado por un docente en comisión para ello” (Negrillas fuera del texto original).

61 “Artículo 71. Clases de derogación. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

58 Corte Constitucional. Sentencia C-1488 de 2 de noviembre de 2000. M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

- Pese a tal ausencia de argumentación, la Sala advierte que en este caso no acaece una **derogación expresa** porque al examinar el artículo 116 del referido Acuerdo 03 de 2003, este prevé que: *"El presente acuerdo rige a partir de la fecha y deroga las demás normas que le sean contrarias"*.⁶² Es decir, no hizo ninguna alusión en específico al citado artículo. Tampoco se presenta una **derogación tácita** en razón a que no existe ninguna incompatibilidad entre lo reglado por el artículo 84 del Acuerdo 03 de 2003, que se refiere a los fines para los cuales se confieren las comisiones al interior de la Universidad de Cartagena y, lo dispuesto en el artículo 91 del Acuerdo 40 de 1996, que define como cargo académico-administrativo el de Rector y que en su párrafo establece que esa calidad también se predica del *"desempeñado por un docente en comisión para ello"*.
- No se materializa una **derogación orgánica**, que ocurre cuando todo un sistema normativo es sustituido por otro, puesto que el Acuerdo 40 de 1996 constituye el Estatuto General de la Universidad de Cartagena, mientras el Acuerdo 03 de 2003 se refiere al Estatuto del Profesor del mismo claustro universitario.
- Superado tal debate, basta decir que son los propios estatutos de la Universidad de Cartagena lo que prevén que quienes accedan al proceso de elección para el cargo de rector, deben acreditar su calidad de docente en dicho ente. Es decir, se trata de un requisito *sine qua non*. De hecho la norma al calificar dicho cargo como académico-administrativo, reconoce el derecho de los profesores a obtener una comisión para tal fin, situación administrativa que de ninguna manera afecta de constitucionalidad o legalidad el acto de elección cuestionado, pues tal determinación le corresponde definirla a la autoridad universitaria competente para ello, en caso de que el elegido la solicite.
- En cuanto a la prohibición que predicen del párrafo del artículo 84 del Acuerdo 08 de 2003 - Estatuto del Profesor Universitario bajo el entendido que esta disposición les impide a los docentes de la Universidad de Cartagena aspirar a la rectoría, por el hecho de prever que *"No se otorgará comisión para ocupar cargos de elección popular y/o de período fijo"*, esta consideración carece de efecto útil, pues si bien al rector se elige por un período fijo de cuatro años⁶³, lo cierto es que se insiste, es requisito que los candidatos acrediten ser o haber sido docentes de dicha universidad.
- Lo anterior, porque el principio del *"efecto útil"*, radica que *"entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero"*⁶⁴, así ha de comprenderse que

tales cargos en los que recae la prohibición son los referidos a los de elección popular, tal y como allí se indica.

- En todo caso la procedencia de una comisión a quien se encuentre en ejercicio de la actividad docente no es una circunstancia que se predique como requisito para la elección y, en razón a ello, no puede afectar de nulidad el acto acusado pues como bien lo predicen es un prohibición que se genera pero para el competente de concederlas, en ningún caso para derivar la nulidad del acto de elección.

En este orden de ideas, se concluye que el doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN** pese a haber sido elegido Rector de la Universidad de Cartagena cuando ya contaba con 65 años de edad, no vicia su elección, por las específicas razones esgrimidas, que imponen que se confirme el fallo apelado.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015) por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro de los procesos acumulados seguidos contra la elección del doctor **ÉDGAR PARRA CHACÓN** como Rector de la Universidad de Cartagena (2014-2018), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Cópiese y notifíquese

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

con Aclaración de Voto

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Bertha Lucía González Zúñiga

Conjuez

62 Exp. 201400342 C. 1º fl. 55.

63 Así lo determinó el artículo 2º del Acuerdo 07 de 21 de junio de 2005 "Por medio del cual se modifican normas del Acuerdo No. 40 del 5 de diciembre de 1996 (Estatuto General) y Acuerdo No. 04 de 2002". (Exp. 201400343 C. 1º fls. 27 y 28).

64 Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 3 de abril de 1992. M. P. José

Aclaración de Voto del Doctor Carlos Enrique Moreno Rubio

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA - Elección de Rector/RECTOR DE UNIVERSIDAD - No está amparado bajo un límite máximo de edad para el ejercicio del cargo salvo que este consagrado en los estatutos universitarios/EDAD DE RETIRO FORZOSO - El demandado estaba legitimado para participar en el proceso

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sección en el sentido de confirmar la sentencia del 4 de febrero de 2015, por la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de las demandas acumuladas, estimo necesario aclarar mi voto en lo que corresponde al régimen de edad de retiro forzoso en relación con los rectores de la universidades estatales, entes de carácter especial, que en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política tienen la capacidad de autorregularse.

El fallo concluyó que: **i)** existe un régimen general previsto en el D.L. 2400 de 1960 y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para permanecer en el cargo y otro régimen especial, consagrado en la Ley 344 de 1996, exclusivo para los docentes universitarios, que los habilita para el ejercicio de sus funciones por 10 años más –esto es hasta los 75 años–; y **ii)** que dadas las condiciones académicas requeridas para el desempeño del cargo de rector en la Universidad de Cartagena, le resultaba aplicable aquel fijado a los docentes universitarios. Frente a tales conclusiones, debo señalar que la ausencia de regulación general que determine de manera expresa cuál es la edad de retiro forzoso para los rectores de las universidades estatales, imponía señalar que no están regidos para efectos de determinar la edad de retiro forzoso por el régimen general ni tampoco por el especial.

Es decir, que no están amparados bajo un límite máximo de edad para el ejercicio del cargo, salvo que ello se haya consagrado en los estatutos universitarios.

Tal entendimiento porque el carácter de autonomía que se les ha otorgado a los entes universitarios para autorregularse, en los términos del artículo 28 de la Ley 30 de 1992, implica que frente a la edad de retiro forzoso respecto de los rectores y no existiendo norma general que la haya impuesto, es posible que tal aspecto se asuma por los Consejos Superiores Universitarios a quienes les compete expedir los estatutos.

El fallo echó de menos que la ausencia de regulación por el Legislador en tal sentido y, también en los estatutos de la Universidad de Cartagena, impedía fijar una restricción bajo el entendimiento de hacerle extensivo el régimen especial que se aplica únicamente a los docentes universitarios, por el hecho de tener el cargo de rector una connotación académica, en virtud de los requisitos que se exigen para ocuparlo.

Debe decirse que los estatutos de la Universidad de Cartagena solo se ocuparon de fijar un mínimo de edad, más no un máximo. Luego el demandado estaba legitimado para participar en el proceso pues su edad de 65 años, hacía posible su aspiración y elección, en razón a que no existe límite por una edad de retiro forzoso para el desempeño de este.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Carlos Enrique Moreno Rubio

Bogotá D. C., diecisiete (17) septiembre de dos mil quince (2015)

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sección en el sentido de confirmar la sentencia del 4 de febrero de 2015, por la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de las demandas acumuladas, estimo necesario aclarar mi voto en lo que corresponde al régimen de edad de retiro forzoso en relación con los rectores de la universidades estatales, entes de carácter especial, que en virtud de la autonomía que les reconoce la Constitución Política tienen la capacidad de autorregularse.

El fallo concluyó que: **i)** existe un régimen general previsto en el D.L. 2400 de 1960 y su Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que fijó en 65 años la edad de retiro forzoso para permanecer en el cargo y otro régimen especial, consagrado en la Ley 344 de 1996, exclusivo para los docentes universitarios, que los habilita para el ejercicio de sus funciones por 10 años más –esto es hasta los 75 años–; y **ii)** que dadas las condiciones académicas requeridas para el desempeño del cargo de rector en la Universidad de Cartagena, le resultaba aplicable aquel fijado a los docentes universitarios.

Frente a tales conclusiones, debo señalar que la ausencia de regulación general que determine de manera expresa cuál es la edad de retiro forzoso para los rectores de las universidades estatales, imponía señalar que no están regidos para efectos de determinar la edad de retiro forzoso por el régimen general ni tampoco por el especial. Es decir, que no están amparados bajo un límite máximo de edad para el ejercicio del cargo, salvo que ello se haya consagrado en los estatutos universitarios.

Tal entendimiento porque el carácter de autonomía que se les ha otorgado a los entes universitarios para autorregularse, en los términos del artículo 28¹ de la Ley 30 de 1992, implica que frente a la edad de retiro forzoso respecto de los rectores y no

¹ “Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”

existiendo norma general que la haya impuesto, es posible que tal aspecto se asuma por los Consejos Superiores Universitarios a quienes les compete expedir los estatutos.

El fallo echó de menos que la ausencia de regulación por el Legislador en tal sentido y, también en los estatutos de la Universidad de Cartagena, impedía fijar una restricción bajo el entendimiento de hacerle extensivo el régimen especial que se aplica únicamente a los docentes universitarios, por el hecho de tener el cargo de rector una connotación académica, en virtud de los requisitos que se exigen para ocuparlo.

Debe decirse que los estatutos de la Universidad de Cartagena solo se ocuparon de fijar un mínimo² de edad, más no un máximo. Luego el demandado estaba legitimado para participar en el proceso pues su edad de 65 años, hacía posible su aspiración y elección, en razón a que no existe límite por una edad de retiro forzoso para el desempeño de este.

En estos términos dejo expresado el motivo mi aclaración de voto.

Carlos Enrique Moreno Rubio
Consejero de Estado

2 Estatuto General de la Universidad de Cartagena. "Artículo 35. Para ser Rector se requiere ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; mayor de 35 años; [...]"

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -
Contra el acto de elección de Representante
a la cámara por el departamento de Sucre /
MOVIMIENTO POLITICO - No obtuvo la votación
suficiente para conservar la personería jurídica
/ PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD ELECTORAL -
La personería jurídica de la organizaciones
políticas no puede considerarse como una
calidad o requisito de los candidatos ni como
presupuesto de elegibilidad / PARTIDO O
MOVIMIENTO POLITICO - La pérdida de la
personería jurídica no le impide conquistar
cargos o corporaciones públicas de elección
popular**

Las demandas interpuestas ponen en tela de juicio la legalidad presunta de la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período constitucional 2014-2018, porque el movimiento político “Cien por ciento por Colombia”, que avaló su inscripción, no obtuvo la votación requerida para conservar la personería jurídica. Precisan que ese movimiento político en las pasadas elecciones del 9 de marzo de 2014, apenas obtuvo 131.289 votos, cifra inferior al 3% del total de votos válidos depositados para la Cámara de Representantes a nivel nacional, que cuando iba escrutado el 98.42% correspondía a 11.715.956 votos. Es decir, que el hecho de no haber superado ese tope conduce a la pérdida de la personería jurídica, presupuesto que en opinión de los accionantes es necesario “para entrar a competir por las Curules a proveer...”, ya que la organización política que la pierde “no tiene derecho a las curules que se pueden originar de su votación...”, como quiera que sus candidatos quedan incurso en la causal de nulidad del artículo 275 numeral 5º del CPACA por falta de “las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad...”. Tal como se anunció al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial, lo relevante de este planteamiento es determinar si la validez del acto de elección por votación popular está condicionada al hecho de que la organización política que avaló la candidatura del demandado obtenga la votación que se necesita para conservar la personería jurídica –en caso de que la tuviera-. El ordenamiento jurídico cuenta con múltiples referentes sobre la apertura democrática que significó el giro constitucional adoptado por la asamblea nacional constituyente de 1991. El artículo 108 Superior, por ejemplo, enseña que el CNE, entidad que se encarga de la regulación, inspección, vigilancia y control de toda la actividad de las organizaciones políticas (Art. 265 Ib.), es la autoridad competente para reconocer personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos cuando obtengan una votación no inferior al 3% de los votos válidamente emitidos a nivel nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. El mismo precepto establece que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica debidamente reconocida pueden inscribir candidatos a las elecciones, para lo cual su representante legal debe otorgar el aval del caso, incluso puede delegar el ejercicio de esa atribución. Igualmente prescribe que los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, que en principio no cuentan con personería jurídica, también pueden inscribir candidatos a

las elecciones. Por su parte, el artículo 9º de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994, consagra en cuanto a la postulación de candidatos a cargos de elección popular que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida lo podrán hacer sin más requisitos que el aval otorgado por su representante legal o por su delegado. A la luz del principio de la capacidad electoral, que en punto del ejercicio del derecho fundamental de acceso al ejercicio del poder político llama a las autoridades públicas concernidas a hacer interpretaciones estrictas sobre todo aquello que tienda a limitar este derecho, dirá la Sala que la personería jurídica de las organizaciones políticas no puede considerarse como una calidad o requisito de los candidatos del respectivo partido o movimiento político, ni mucho menos como presupuesto de elegibilidad de los mismos, ya que claramente el artículo 177 de la Constitución prescribe que “Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.”, a lo cual no puede adicionarse el elemento por el que claman los demandantes, quienes postulan una inaceptable hermenéutica analógica o extensiva. Para tener derecho a la asignación de curules basta, por supuesto, con que las organizaciones políticas que válidamente han inscrito candidatos a las corporaciones públicas de elección popular, superen en el caso de las cámaras territoriales el umbral del 50% del cociente electoral, pues a partir de allí el reparto se hace con fundamento en el sistema de cifra repartidora. Parámetros que se entienden satisfechos por la elección acusada en virtud a que ninguno de los accionantes formula reparos apoyados en su desconocimiento. La Sala, en suma, observa que lo argüido por los accionantes carece de fuerza persuasiva, dado que la pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político no le impide conquistar cargos o corporaciones públicas de elección popular, siempre y cuando cumpla los demás requisitos legales para ello. Prueba de lo anterior, es que el ordenamiento jurídico interno admite que las organizaciones políticas, con personería jurídica o sin ella, pueden válidamente inscribir candidatos para las jornadas democráticas y alzarse con el poder político. Además, una interpretación razonable y lógica de la situación debatida lleva a colegir que si bien la personería jurídica es un atributo de los colectivos que cumplen ciertos estándares normativos, bajo ninguna circunstancia puede tomarse requisito o calidad de los candidatos, ni mucho menos como presupuesto de elegibilidad. Por tanto, el cargo no prospera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 108 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 177 / LEY CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 108

**DOBLE MILITANCIA POLITICA - Noción / CIUDADANO
- Concepto / PARTIDO O MOVIMIENTO
POLITICO - Concepto de miembro e integrante
o militante / PARTIDO O MOVIMIENTO
POLITICO - Concepto de integrante que ejerce
un cargo de representación popular**

Noción de ‘Doble Militancia’ La prohibición de pertenencia simultánea a más de una organización política, es decir, la doble militancia, se introdujo en el sistema político colombiano con el fin de crear un régimen severo de bancadas en el que esté

proscrito el transfuguismo político. La Corte Constitucional definió la doble militancia como una "limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular". La doble militancia está dirigida entonces, a quienes son miembros de más de un partido o movimiento político. En este sentido, se reseñará el sentido y alcance de los conceptos de ciudadano, miembro e integrante de un partido o movimiento político dado por la Corte Constitucional en sentencia C-342 de 2006: i) El ciudadano es la persona titular de derechos políticos, y éstos a su vez se traducen, de conformidad con la Constitución, en la facultad de los nacionales para elegir y ser elegidos, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, revocatorias de mandatos, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, promover acciones de inconstitucionalidad en defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y, en fin, desempeñar cargos públicos. En tal sentido, el ciudadano es un elector, es decir, es titular del derecho a ejercer el sufragio, mediante el cual concurre en la conformación de las autoridades representativas del Estado. La calidad de elector no depende, en consecuencia, de la afiliación o no a un determinado partido o movimiento político, lo cual no obsta para que, el ciudadano pueda ser un simpatizante de un partido político. ii) El miembro de un partido o movimiento político es aquel ciudadano que, de conformidad con los estatutos de éstos, hace parte formalmente de la organización política, situación que le permite ser titular de determinados derechos estatutarios, como el de tomar parte en las decisiones internas. A éste, a su vez, se le imponen determinados deberes encaminados a mantener la disciplina de la agrupación. En tal sentido, en términos de ciencia política, el miembro del partido o movimiento político es un militante. iii) El integrante de un partido o movimiento político que ejerce un cargo de representación popular es aquel ciudadano, que no sólo es miembro formal de una determinada organización política, que milita activamente en ella, sino que, gracias al aval que recibió de la misma, participó y resultó elegido para ocupar una curul en nombre de aquél. En tal sentido, confluyen en este ciudadano las calidades de miembro de un partido o movimiento político, motivo por el cual debe respetar los estatutos, la disciplina y decisiones adoptadas democráticamente en el seno de aquél, y al mismo tiempo, el carácter de integrante de una Corporación Pública, quien por tal razón, deberá actuar en aquélla como miembro de una bancada, en pro de defender un determinado programa político. De tal suerte que, tratándose de la categoría en la cual el ciudadano puede participar con la mayor intensidad posible en el funcionamiento de los partidos políticos modernos, correlativamente, es en esta

calidad de integrante y representante del partido, en donde se exige un mayor compromiso y lealtad con el ideario por el cual fue elegido. Corolario simple de lo anterior, es que la prohibición constitucional de doble militancia cobija a aquellos que son, al mismo tiempo, miembros de más de un partido o movimiento político. Es decir, a aquellos que se encuentran formalmente inscritos como integrantes de un partido político o en palabras, más claras: se refiere a personas que militen en forma concurrente en más de una organización política.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia C- 342 de 2006. Corte Constitucional.

DOBLE MILITANCIA POLITICA - Comporta cinco modalidades / DOBLE MILITANCIA - Fue regulada por el legislador estatutario con la Ley 1475 de 2011

La figura de la doble militancia tiene ahora, no tres, sino cinco modalidades, a saber: i) Los ciudadanos: "En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político." (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011). ii) Quienes participen en consultas: "Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral." (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política) iii) Miembros de una corporación pública: "Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones." (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011) iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: "Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones." (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011) v) Directivos de organizaciones políticas: "Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos." (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)."

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Expediente: 250002331000201100775-02. Demandante: Manuel Guillermo Suescún Basto. Demandado: Alcalde del Municipio de Soacha. M.P. (E) Alberto Yepes Barreiro.

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011

REPRESENTANTE A LA CAMARA - Inhabilidad por doble militancia política / INHABILIDAD POR DOBLE MILITANCIA POLITICA - No se configuró porque se creó el Movimiento Político como independiente de la organización de base por la cual ya había sido elegido

Los señores Fulgencio Pérez Díaz (201400036) y Eduardo Enrique Pérez Santos (201400039), cuestionan la validez de la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales, como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento “Cien por ciento por Colombia”, porque en el período inmediatamente anterior (2010-2014), fue elegido y se desempeñó como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes, por AFROVIDES, con lo cual incurrió en doble militancia política, conducta proscrita por los artículos 107 Constitucional, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2009, y 2º de la Ley 1475 de 2011, que configura la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 8º del CPACA. Pues bien, a pesar de estar probado que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue elegido como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes (2010-2014), a la que fue inscrito por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, y que igualmente fue elegido en dicha Cámara por la circunscripción electoral del departamento de Sucre, período 2014-2018, inscrito por el Movimiento Político “Cien por ciento por Colombia”, la Sala observa que para la última elección el demandado no se presentó “por un partido distinto”. Del material probatorio recopilado se puede colegir sin lugar a dudas que el movimiento político “Ciento por Ciento por Colombia”: i) tuvo su origen en la organización “AFROVIDES” y ii) debe su nombre a la modificación aprobada por los miembros de esta última colectividad la cual, se reitera, fue aceptada por el CNE mediante Resolución N° 3203 de 2013. Lo anterior quiere decir que la organización de base “AFROVIDES”, cuya votación en las elecciones de 2010 dio lugar a la creación del movimiento político “Ciento por Ciento por Colombia”, se mantuvo en su calidad de tal, es decir, como organización de base y coexistió con el movimiento político que de ella se derivó, siendo una y otra agrupaciones distintas e independientes, la primera, bajo la supervisión del Ministerio del Interior y, la segunda, vigilada y controlada por el CNE. En suma, cuando una organización representativa de las comunidades negras alcanza un escaño en el Congreso de la República, circunstancia que le da el derecho a constituirse como Movimiento Político con personería jurídica, puede ocurrir una de dos cosas: i) que

sea la misma organización de base la que se transforme en ese movimiento político o ii) que se cree el Movimiento Político como independiente de la organización de base. Lo segundo fue lo que ocurrió en este caso. De conformidad con lo expuesto y al caudal probatorio existente, es claro que la causal de nulidad por doble militancia política no se configura en el presente caso. En efecto, si bien el señor Yahir Fernando Acuña Cardales se inscribió y fue elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período constitucional 2014-2018, por un Movimiento Político distinto al que avaló su inscripción y elección en la misma corporación pero por la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes, período 2010-2014, lo cierto es que no puede perderse de vista que “Ciento por Ciento por Colombia” tuvo origen en aquel y, por tanto, obviamente esta circunstancia no deriva en doble militancia pues el elegido se mantuvo en el movimiento que surgió con ocasión de su pasada elección en la circunscripción de afrodescendientes. El segundo de los cargos analizados tampoco prospera por lo que se negarán las pretensiones de las demandas.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá D.C., siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00023-00

Actor: Melquiades Atencia Gomez Y Otros

Demandado: Representante Camara por el Departamento De Sucre

La Sala profiere sentencia de única instancia dentro de los procesos acumulados de la referencia.

A.- ANTECEDENTES

I.- Expediente No. 110010328000201400023-00 de Melquiades Atencia Gómez¹

1.- Pretensiones

1.1.- Se declare la nulidad del formulario E-26 CA por medio del cual los delegados del Consejo Nacional Electoral (CNE) declararon que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018); y la nulidad de la Resolución 13 de 15 de

¹ Si bien la demanda se dirige contra la elección de los señores Yahir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, como Representantes a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), solamente se hace mención del primero porque con auto de 18 de junio de 2014 (C. 1º fls. 174 a 176) se excluyó del proceso a la señora Candelaria Patricia Rojas Vergara por presentarse indebida acumulación de pretensiones, demanda que se tramita y que se fallará por separado.

marzo de 2014 a través de la cual la misma autoridad se declaró inhibida frente a algunas reclamaciones y declaró agotado el requisito de procedibilidad.

1.2.- Se ordene la cancelación de la credencial expedida al demandado.

1.3.- Se declare que al movimiento "*Cien por ciento por Colombia*", que avaló la candidatura del demandado, no se le pueden adjudicar curules en la elección de 9 de marzo de 2014, porque no obtuvo el 3% de los votos válidamente emitidos en la elección de Cámara de Representantes.

1.4.- Se declare que las curules impugnadas corresponden a los candidatos del Partido de la U, señores Andrés Eduardo Gómez Martínez y Melquiades Atencia Gómez, movimiento que sí superó el umbral.

2.- Fundamentos de Hecho

Informa el actor que en las elecciones de 9 de marzo de 2014 resultó elegido el señor Yahir Fernando Acuña Cardales en una de las tres curules de Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), quien fue inscrito por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*". Que al cabo de la jornada se computaron 347.513 votos válidos, con un cociente de 115.837 votos y un umbral de 57.918 votos, que solamente fue superado por aquél movimiento y por el Partido de la U (105.631 votos), que conquistó una curul para el señor Daniel Guerrero Montaña.

Sostiene que el 3% del total de votos válidos depositados para Senado de la República o para Cámara de Representantes por circunscripción territorial, para adquirir o conservar la personería jurídica, es el mínimo de votos con que debe contar una lista "*para entrar a competir por las Curules a proveer y obtener dentro de una determinada corporación...*", ya que "*no se concibe una Curul sin Personería Jurídica...*".

Señala que escrutado el 98.42% de la votación depositada para la Cámara en cuestión, se registraron 11.715.956 votos, de los cuales 131.289 se depositaron por la lista inscrita por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*", cifra menor al 3% arriba citado (351.478 votos), lo que lleva a concluir que esa organización política perdió la personería jurídica y que por lo mismo no se le podía adjudicar ninguna curul "*ya que quedó incurso en la causal de anulación electoral dispensada en el numeral 5º- el (sic) Art. 275 del C.P.A.C.A.*".

3.- Normas violadas y concepto de violación

Se invoca como vulnerado el artículo 108 inciso 1º de la Constitución, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009, frente al cual se sostiene que su desconocimiento se produjo porque según el artículo 6º de la Ley 130 de 1994, dentro de los deberes de los partidos y movimientos políticos se cuenta el "*de obtener y mantener su Personería Jurídica de*

cara a obtener y entrar a competir por las Curules a proveer dentro de una terminada (sic) Corporación.", lo cual no se da respecto del movimiento "*Cien por ciento por Colombia*", quien no alcanzó el 3% de la votación válida para mantener su personería jurídica. Por último, cita como desconocido igualmente el artículo 2º de la Ley 130 de 1994, respecto del cual se hacen las mismas aseveraciones ya resumidas.

4.- Contestación

El apoderado judicial designado por el señor Yahir Fernando Acuña Cardales contestó la demanda con escrito allegado el 3 de junio de 2014², en el que se refiere a los hechos con la clara oposición a la tesis del actor, ya que "*no es condición para la asignación de las curules el que se haya obtenido el tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en todo el territorio nacional...*", toda vez que los votos que se toman en cuenta para la asignación de curules son los válidamente emitidos en la respectiva circunscripción territorial, como así se puede constatar en la guía dirigida a los agentes del Ministerio Público para las elecciones territoriales de 2011.

Agrega que conforme a lo discurrido por la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 1994 la personería jurídica no es presupuesto necesario para acceder a las curules de las corporaciones públicas, ya que tal asignación se surte por el sistema de cifra repartidora entre las organizaciones que superen el umbral del 50% del cociente electoral, lo cual fue satisfecho por el movimiento que inscribió la candidatura del demandado. Esta tesis fue sostenida por el CNE dentro de los radicados 1937 de 31 de mayo de 2011, 4689 de 21 de agosto de 2010, 83-10 SII de 14 de diciembre de 2010 y 6056 de 20 del mismo mes y año.

Afirma que el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*" representa minorías étnicas, condición que a la luz del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 18 de abril de 2013 (Expediente: 110010306000201300051-00), le permite postular candidatos tanto en la circunscripción especial como en la circunscripción ordinaria. Tal calidad se acredita con la Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010 que le reconoció personería jurídica como AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, y con la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013, que da cuenta del hecho de haber cambiado su nombre por el de "*Cien por ciento por Colombia*", ambas expedidas por el CNE.

Finalmente señala que la adjudicación de curules se hace con fundamento en el artículo 263 Constitucional, pero no con apoyo en el artículo 108 de la misma obra.

5.- Trámite

La demanda se radicó el 24 de abril de 2014³ y fue admitida con auto de 25 de abril de 2014⁴. Con auto de 9 de junio

² C. 1º fls. 113 a 124.

³ C. 1º fls. 1 a 16.

⁴ C. 1º fls. 66 a 69.

de 2014 se ordenó mantener el expediente en secretaría mientras llegaba la oportunidad procesal para decidir sobre la acumulación⁵. El 18 de junio del mismo año se profirió auto con el que se ordenó continuar el proceso únicamente contra el señor Yahir Fernando Acuña Cardales y separar la actuación en lo concerniente a la señora Candelaria Patricia Rojas Vergara, por indebida acumulación de pretensiones⁶. Por auto de 25 de junio siguiente se envió el proceso a secretaría en espera de la acumulación⁷.

A través del auto de 30 de octubre de 2014⁸ se decretó la acumulación de los procesos de la referencia y se ordenó el sorteo del Consejero ponente, diligencia que se realizó el 11 de noviembre siguiente⁹. Con auto de 9 de diciembre del mismo año se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial¹⁰, cuya práctica tuvo lugar el 18 de diciembre de 2014¹¹, y en la que se determinó volver escritural el proceso con medidas como dar traslado de las pruebas recabadas y correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Vencido el término anterior y recibidos algunos alegatos de conclusión, ingresó el expediente acumulado al despacho para dictar fallo de única instancia.

Posteriormente, la Sala profirió el auto de 5 de marzo de 2015¹² por medio del cual se decretó como prueba de oficio la práctica de una diligencia de inspección judicial, con exhibición de documentos, al expediente administrativo de la organización de base *Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES*, que reposa en las oficinas del Ministerio del Interior - Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

La diligencia se realizó, a través de magistrada auxiliar comisionada, el 12 de marzo de 2015¹³, en la que se obtuvo copia íntegra del mencionado expediente administrativo¹⁴. Con auto de 13 de marzo del corriente año¹⁵ se corrió traslado de la prueba de oficio y una vez vencido el respectivo término, sin pronunciamiento alguno de las partes, ingresó el proceso al despacho para fallo el 25 de marzo de 2015.

No obstante, una vez revisada en su totalidad la prueba documental allegada en la diligencia de inspección judicial, la Sala observó que no se encontraban en las carpetas del Ministerio del Interior algunos documentos que eran necesarios para dilucidar puntos oscuros en el *sub judice*, razón por la cual mediante providencia del 23 de abril de 2015 adicionó el auto del 5 de marzo de 2015 y ordenó oficiar al Consejo Nacional Electoral para que remitiera al proceso de la referencia:

- i) La petición que dio origen a la Resolución N° 1584 de 23 de enero de 2010 “*Por la cual se reconoce personería jurídica al Movimiento AFROVIDES- LA ESPERANZA DE UN PUEBLO y se inscriben los nombres de las personas que han sido designadas para dirigirlos e integrar sus órganos de gobierno y administración*”.
- ii) El documento denominado “*Acta de la Asamblea de Constitución del Movimiento Político AFROVIDES- LA ESPERANZA DE UN PUEBLO del 1º de agosto de 2010*” que se allegó al Consejo Nacional Electoral como anexo a la solicitud descrita en el numeral anterior.
- iii) Las actas de las reuniones de la junta directiva del otrora, Movimiento Político *AFROVIDES* celebradas los días 12, 21 y 31 de enero de 2011, documentos que sirvieron como soporte para proferir la Resolución N° 0316 de 2011 “*Por la cual se inscriben unos dignatarios, se registra el cambio del nombre y del símbolo del Movimiento Político AFROVIDES- LA ESPERANZA DEL PUEBLO*”.¹⁶

Los documentos antes descritos fueron remitidos por el Consejo Nacional Electoral el día 4 de mayo de 2015 tal y como consta a folios 434 a 514 del expediente 2014-0023.

Del contenido de los escritos allegados al expediente se corrió traslado a las partes por el término común de 3 días los cuales, según la constancia secretarial obrante a folio 472 del expediente 2014-0023, vencieron el día 12 de mayo del año en curso, sin que las partes hicieran pronunciamiento alguno al respecto.

II.- Expediente No. 110010328000201400024-00 de Sexto Manuel García Mejía¹⁷

1.- Pretensiones¹⁸

1.1.- Se declare la nulidad del formulario E-26 de 16 de marzo de 2014 expedido por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*”.

1.2.- Se cancele la credencial que la Organización Electoral le entregó al demandado, se excluya la votación depositada a favor de ese movimiento político y se ordene la práctica de nuevo escrutinio.

5 C. 1º fl. 163.
6 C. 1º fls. 174 a 176.
7 C. 1º fl. 193.
8 C. 1º fls. 207 a 211.
9 C. 1º fl. 226.
10 C. 1º fl. 228.
11 C. 1º fls. 241 a 261.
12 C. 1º fl. 385.
13 C.2º fls. 1 y 2.
14 C.2º fls. 3 a 113.
15 C.1º fl. 401.

16 C. 1º fl.417
17 Con la demanda se impugnó la elección de los señores Yahir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara como Representantes a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), pero con auto de 12 de junio de 2014 se excluyó a la última por indebida acumulación de pretensiones (fls. 317 a 319).
18 La síntesis de este capítulo se elabora con fundamento en el escrito de subsanación que aparece de folios 119 a 121.

2.- Fundamentos de Hecho

El actor informa que a través de la Resolución 246 de 16 de septiembre de 2009 el Ministerio del Interior y de Justicia registró la organización de comunidades negras afrocolombianas raizales y palenqueras llamada “Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES”, la cual inscribió al señor Yahir Fernando Acuña Cardales como su candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes (2010-2014), quien resultó elegido.

Agrega que a través de la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013 el CNE registró respecto de aquella organización la nueva junta directiva y la reforma estatutaria, que incluyó el nuevo nombre de “Cien por ciento por Colombia”. El señor Acuña Cardales el 9 de diciembre de 2013 se inscribió por este movimiento como aspirante al cargo que actualmente ostenta y defiende, frente a la cual el CNE con Resoluciones 159 y 676 de 16 de enero y 19 de febrero de 2014 negó petición de revocatoria basado en que solamente se presentó un cambio de nombre en la organización que lo avaló y que no se abandonó a las bases de AFROVIDES, que podía seguir actuando como organización de base. Cita igualmente las Resoluciones 13, 15 y 16 de 15 y 16 de marzo respectivamente, dictadas por la comisión escrutadora departamental, como prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad.

Sostiene que en las elecciones de 9 de marzo de 2014 no solamente se inscribió la candidatura del demandado por el movimiento “Cien por ciento por Colombia”, sino que también AFROVIDES inscribió al señor Sixto García Mejía como candidato a Representante por la circunscripción especial de afrodescendientes, lo cual atenta contra la democracia y constituye falsedad ideológica porque indujo a error al votante. La única inscripción válida es la del movimiento AFROVIDES a quien deben computársele los votos depositados a favor de “Cien por ciento por Colombia” y otorgársele las dos curules.

Después de hacer algunas reflexiones sobre el momento en que tiene lugar la nulidad invocada, sostiene el demandante que circunstancias como “no hacer la consulta previa y la infracción de prohibiciones constitucional o legal (sic) contenidas en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2001, de inscribir candidatos en circunscripción territorial de Cámara de Representante (sic),...Sucre, se materializaron antes de celebrarse la jornada electoral del 9 de marzo de 2014...”. Que también es censurable el hecho de que el movimiento “Cien por ciento por Colombia” hubiera inscrito una lista de 4 candidatos en una circunscripción que solamente tiene 3 escaños en la Cámara de Representantes.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Las normas supuestamente infringidas corresponden a los artículos 4, 13, 107, 108, 134, 209, 258, 263 y 316 de la Constitución; el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, y el artículo 9º de la Ley 649 de 2001.

El actor explica que su desconocimiento se produjo porque se permitió la inscripción de la candidatura del demandado a pesar de que el movimiento de base AFROVIDES “ostenta una credencial de Cámara de Representante (sic) de las comunidades especiales Afrocolombianas...”, y porque junto a aquella candidatura se inscribió el señor Sixto Manuel García Mejía como candidato de AFROVIDES a esa célula legislativa pero por la circunscripción especial de Afrodescendientes. Esto es, porque el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 “prohíbe que los movimientos políticos de comunidades étnicas inscriban candidatos para otras corporaciones públicas...”.

Considera vulnerados los artículos 13 y 134 de la Constitución porque se permitió que el movimiento “Cien por ciento por Colombia” inscribiera candidatos “en una circunscripción electoral que no le corresponde...”, ya que en la situación del demandado antes de inscribir su candidatura primero debió “someter su decisión a una consulta previa con su comunidad...” ya que las comunidades Afrodescendientes no se pueden quedar sin representación en el Congreso de la República. El derecho fundamental a la consulta previa – dice el actor- en estos casos es tan relevante que incluso en las elecciones de 2010 la Corte Constitucional decidió “que los movimientos y partidos afrocolombianos no tendrían representantes en las próximas elecciones.”, aseveración que sustenta en las sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011 de la Corte Constitucional, para lo cual precisa que con la última se declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 28 del proyecto de ley estatutaria que actualmente es la Ley 1475 de 2011, precisamente porque no se agotó el proceso de consulta previa contemplado en el Convenio 169 de la OIT.

Interpreta de lo anterior que las minorías étnicas que cuentan con circunscripción especial “no tienen en estos momentos la posibilidad de postular candidatos en los comicios de 2014.”, puesto que para ello “debe hacerse una consulta previa para preguntarles a esas minorías cómo quieren escoger a sus representantes en el Congreso.”. Y, que el movimiento “Cien por ciento por Colombia” no podía avalar la candidatura del demandado a la circunscripción territorial porque la personería jurídica la adquirió en la circunscripción especial de afrodescendientes.

El demandante, tras copiar el contenido de los artículos 9º y 11 de la Ley 649 de 2001 y algunos apartes de la sentencia C-169 de 2001 de la Corte Constitucional, recuerda que no se puede votar simultáneamente por la Cámara por circunscripción territorial y por la Cámara por circunscripción especial, de donde deduce que no es procedente que un partido que haya logrado su personería jurídica en la circunscripción especial postule candidatos en la circunscripción territorial, tal como ocurre con la elección acusada.

De igual forma sostiene, a partir del hecho que el señor Acuña Cardales obtuvo una curul en la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes por el movimiento AFROVIDES y que por eso esta organización

obtuvo el reconocimiento de personería jurídica, y basado en algunos segmentos de la sentencia C-169 de 2001 de la Corte Constitucional, que en la tarjeta electoral empleada durante la jornada democrática del 9 de marzo de 2014 aparecían tanto AFROVIDES en la circunscripción especial como el movimiento “Cien por ciento por Colombia” en la circunscripción territorial, “*lo cual es ilegal, porque se están inscribiendo (sic) el mismo partido por dos circunscripciones diferente (sic) con dos nombres diferentes, cuando lo cierto y de acuerdo con las palabras literal del Consejo Nacional electoral (sic) AFROVIDES y CIEN POR CIENTO SON LO MISMO’...’*”.

Por último, cita el demandante lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009, y la exposición de motivos de esa reforma política, para aseverar que el movimiento “Cien por ciento por Colombia” no obtuvo en las pasadas elecciones el 3% de los votos válidos en Senado o Cámara y que “*por lo tanto al perder personería jurídica no tiene derecho a las curules que se pueden originar de su votación...’*”.

4.- Contestación

El apoderado judicial designado por la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC) radicó la contestación el 30 de julio de 2014¹⁹, documento con el cual plantea, en primer término, la excepción denominada “*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*”, enderezada a obtener la desvinculación procesal de la entidad porque no tuvo ninguna injerencia en la expedición del acto acusado, según las funciones atribuidas a la misma. Además, señala que el acto de inscripción de la candidatura del demandado es un acto de trámite o preparatorio y, por lo mismo, no es pasible de control de legalidad; y solicita que este proceso se acumule con los otros procesos que cursan en la Sección contra el mismo acto electoral.

El apoderado judicial constituido por el señor Yahir Fernando Acuña Cardales contestó la demanda con escrito presentado el 12 de agosto de 2012²⁰. En cuanto a los hechos dijo que unos se admiten y otros no, y que la división al interior del movimiento “Cien por ciento por Colombia” la propició el demandante Sixto Manuel García Mejía, quien debido a sus aspiraciones políticas decidió abandonar dicho colectivo para postularse como candidato por la circunscripción especial de Afrodescendientes por la organización de base AFROVIDES, como así consta en Acta 002 de 19 de octubre de 2013 de la reunión de la dirección nacional de ese movimiento, en la que igualmente se aprobó como nuevo nombre del movimiento el que tiene en la actualidad.

Precisa que la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES (organización de base), después de la elección de su candidato Yahir Fernando Acuña Cardales se convirtió en el movimiento político con personería jurídica AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN

PUEBLO, que a la postre cambió su nombre por el de “Cien por ciento por Colombia”, transformación que se puede apreciar en la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013 del CNE, con lo que se descarta “*la pregonada traición a un electorado.*”.

Agrega el apoderado que conforme a lo consignado en la Resolución 1854 de 2010 expedida por el CNE, la organización de base AFROVIDES se convirtió en movimiento político AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO con personería jurídica, la cual fue solicitada por el propio demandante Sixto Manuel García Mejía, quien fungía como su presidente; organización que hoy en día se denomina “Cien por ciento por Colombia”. Esta transformación fue certificada por el señor Benjamín Ortiz Torres, subsecretario del CNE, quien deja en claro que se trata de un único movimiento.

Acude luego el apoderado al Concepto emitido el 18 de abril de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Expediente No. 110010306000201300051-00, en el que se sostuvo que “*las minorías étnicas con personería jurídica pueden presentar candidatos de manera simultánea por la circunscripción especial de minorías étnicas y por la circunscripción ordinaria...*”. Este le sirve de fundamento para afirmar que el movimiento “Cien por ciento por Colombia” actuó con sujeción a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, como así lo ratificó el CNE al expedir la Resolución de 26 de junio de 2014.

Aclara que ese movimiento político en efecto inscribió su lista de 4 candidatos porque el Ministerio del Interior con el Decreto 2788 de 29 de noviembre de 2013 certificó igual número de curules; pero que al día siguiente de dictarse el Decreto 2897 de 16 de diciembre del mismo año, que fijó en 3 el número de Representantes por la circunscripción territorial de Sucre, el 4º candidato señor Erwin Eliazar Fernández Carballo renunció a su candidatura ante los delegados del RNEC en el citado departamento. Así, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda.

5.- Trámite

La demanda se radicó el 25 de abril de 2014²¹ y se inadmitió con auto de 29 de los mismos²². Una vez se recibió el escrito de subsanación²³ se profirió el auto de 16 de mayo siguiente con el que se ordenó poner en conocimiento de los sujetos procesales la petición de suspensión provisional del acto acusado²⁴. El 12 de junio de 2014 se profirió auto con el que se excluyó del proceso a la señora Candelaria Patricia Rojas Vergara por indebida acumulación de pretensiones²⁵. El 17 de julio siguiente se dictó auto por medio del cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto enjuiciado²⁶. Por medio del auto de 5 de septiembre se envió

19 C. 1º fls. 387 a 397.

20 C. 1º fls. 433 a 451.

21 C. 1º fls. 2 a 30.

22 C. 1º fls. 108 a 111.

23 C. 1º fls. 119 a 121.

24 C. 1º fls. 162 y 163.

25 C. 1º fls. 317 a 319.

26 C. 1º fls. 334 a 342.

el proceso a secretaría para su eventual acumulación²⁷; y, con auto de 14 de octubre de 2014 se aceptó la renuncia de algunos apoderados judiciales, se reconoció personería a otros y se reiteró la orden de esperar la acumulación de los procesos²⁸.

III.- Expediente No. 110010328000201400036-00 de Fulgencio Pérez Díaz

1.- Pretensiones²⁹

1.1.- Se anule el formulario E-26 de 16 de marzo de 2014 expedido por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*".

1.2.- Se declare la nulidad de la Resolución 13 de 15 de marzo de 2014 dictada por los delegados del CNE en Sucre, por medio de la cual desestimaron lo pedido y dieron por agotado el requisito de procedibilidad.

2.- Fundamentos de Hecho

El demandante señala que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales no ajustó su conducta a las previsiones del artículo 107 Superior y del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, que prohíbe la doble militancia, debido a que por medio de la Resolución 1795 de 19 de julio de 2010, dictada por el CNE, fue elegido como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes período 2010-2014, inscrito por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, y a que el 9 de marzo de 2014 fue elegido a la misma Cámara por la circunscripción territorial de Sucre por el movimiento político "*Cien por ciento por Colombia*".

Lo anterior, continúa el actor, hizo incurrir al demandado en la causal de nulidad del artículo 275 numeral 8º del CPACA, e implicó que ese movimiento político renunciara a la personería jurídica que le permitía inscribir listas en la circunscripción especial de minorías étnicas. Además de mencionar las diferentes circunstancias en que se puede presentar la doble militancia política, insiste en que ello se configura en el demandado por el hecho de haber actuado como Representante durante el período 2010-2014 por AFROVIDES en la circunscripción de Afrodescendientes y haber sido elegido en la misma cámara para el período 2014-2018 por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*", por la circunscripción territorial de Sucre, escenario que en la Resolución 159 de 15 de enero de 2014 del CNE no bastó para revocar la inscripción del demandado, pues la petición formulada en ese sentido fue desestimada bajo el argumento de tratarse de la misma organización política que había cambiado de nombre.

27 C. 1º fl. 519.

28 C. 1º fls. 540 y 541.

29 El resumen de este capítulo se hace con base en el escrito de subsanación presentado el 23 de mayo de 2014 (C. 1º fls. 138 a 140).

Refuta la tesis de que AFROVIDES y "*Cien por ciento por Colombia*" sean el mismo movimiento político, con el hecho de que cada uno inscribió candidatos distintos por las circunscripciones especial de afrodescendientes y territorial de Sucre, lo que igualmente se constata en el Acta 002 de 19 de octubre de 2013 sobre la reunión de la Dirección Nacional de AFROVIDES, donde se hizo constar que el señor Sixto García Mejía debió acudir a la organización de base para aspirar a la Cámara por la circunscripción especial gracias a que no podía ser avalado por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*", porque ya contaba con personería jurídica.

Sostiene que la doble militancia también se configura en el demandado porque a pesar de ser vicepresidente de AFROVIDES no renunció a la curul con 12 meses de antelación a su postulación como candidato del movimiento "*Cien por ciento por Colombia*". Estas organizaciones, continúa el actor, son diferentes porque la primera se identifica con NIT No. 900348857-4 y tiene como representante legal a Pedro Terán Campo, mientras que la segunda se identifica con NIT No. 900378754-2 y es representada legalmente por Evelyn del Toro Cardales.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Se invocan como normas vulneradas el artículo 107 Constitucional, los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, la Ley 130 de 1994, la Ley 1475 de 2011 artículo 2º, y los artículos 139, 162, 163, 275 numeral 8º, 276 y 288 del CPACA. El concepto de violación se desarrolla con los mismos argumentos que fueron expuestos como hechos de la demanda, que se dirigen a demostrar que el demandado incurrió en doble militancia política. Por tanto, no es necesario volver a resumir lo dicho en este capítulo.

4.- Contestación

El apoderado judicial de la RNEC, con escrito radicado el 19 de junio de 2014³⁰, propuso la excepción de "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*" apoyada en los mismos argumentos que ya se consignaron en esta providencia. Además, recuerda que el acto de inscripción no es pasible de este medio de control y pide que se acumulen los procesos seguidos en contra del mismo demandado.

El apoderado judicial constituido por el señor Yahir Fernando Acuña Cardales contestó la demanda con escrito presentado en la secretaría de la Sección Quinta el 3 de julio de 2014, con el que se opuso a lo pretendido.

Frente a los hechos señala que el actor actúa con abuso del derecho y con mala fe al intentar confundir a la Sección Quinta cuando omite informar que el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*" tiene su origen en la organización de base AFROVIDES. Además, después de hacer algunas reflexiones en torno a la prohibición de la doble militancia política, señala que

30 C. 1º fls. 195 a 205.

el demandado no ha incurrido en esa conducta porque el señor Acuña Cardales no ha traicionado a su organización política, la cual ha sido objeto de una transformación legal que se prueba con la Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010 dictada por el CNE, cuyo contenido dice copiar completamente, y que se concreta en que la organización de base llamada Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, por la que se eligió al demandado, fue la que fundó el movimiento político AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO.

Señala que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue quien fundó ese movimiento de base y, por ende, las transformaciones que sobrevinieron al mismo impiden que se hable de doble militancia política. Acude al Acta 002 de 19 de octubre de 2013 de la Dirección Nacional del movimiento AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, para demostrar que el movimiento político “*Cien por ciento por Colombia*” procede del citado movimiento de base, pues allí se leen las palabras pronunciadas por el señor Sixto García Mejía sobre su deseo de llegar a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de Afrodescendientes. Así, concluye el apoderado que la organización de base ASOCIACION DE AFROCOLOMBIANOS PARA LA VIVIENDA, DEPORTE, EDUCACION Y SALUD - AFROVIDES, pasó a ser el movimiento político con personería jurídica AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, que luego se llamó movimiento político AFROVIDES y finalmente adoptó la denominación de “*Cien por ciento por Colombia*”, todo lo cual se puede verificar en la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013 dictada por el CNE.

En cuanto a la afirmación de que el movimiento político “*Cien por ciento por Colombia*” renunció tácitamente a su personería porque inscribió la candidatura del demandado, expresa el apoderado que ello no es así porque la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto emitido el 18 de abril de 2013 (Expediente: 110010306000201300051-00), señaló que los movimientos políticos con personería jurídica de minorías étnicas sí pueden presentar candidatos en la circunscripción especial y en la circunscripción territorial, posición que fue asumida por el CNE en la Resolución dictada el 26 de junio de 2014 (Radicación: 3475-14/3476-14).

Por último, sostiene que quien se inscribió indebidamente fue la organización de base AFROVIDES, ya que “*sus cuadros no serían la representación legal, pues ante la adquisición de PERSONERIA, la misma la ostenta hoy CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA, con Representación Legal ante el Consejo Nacional Electoral acreditada.*”.

5.- Trámite

La demanda se inadmitió con auto fechado el 16 de mayo de 2014 por presentar algunos defectos de orden formal³¹. Superadas las inconsistencias se dictó el auto de 27 de mayo

31 C. 1º fls. 130 a 132.

siguiente que admitió la demanda y ordenó las notificaciones correspondientes³². Después de contestada la demanda se profirió el auto de 21 de julio del mismo año, con el que se envió el expediente a secretaría en espera de la acumulación³³. Con auto de 1º de agosto³⁴ se aceptó la renuncia al poder presentada por el apoderado de la RNEC y se ordenó cumplir lo dispuesto en auto de 21 de julio.

IV.- Expediente No. 110010328000201400037-00 de Fulgencio Pérez Díaz

1.- Pretensiones³⁵

1.1.- Se anule el formulario E-26 de 16 de marzo de 2014 expedido por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*”.

1.2.- Se declare la nulidad de la Resolución 13 de 15 de marzo de 2014 dictada por los delegados del CNE en Sucre, por medio de la cual desestimaron lo pedido y dieron por agotado el requisito de procedibilidad.

2.- Fundamentos de Hecho

Informa el actor que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue elegido Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período 2014-2018, por el movimiento político “*Cien por ciento por Colombia*”, y que para el período anterior (2010-2014) fue elegido en la misma Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes, siendo inscrito por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES.

Agrega que el CNE por medio de la Resolución N° 159 de 15 de enero de 2014 se negó a revocar la inscripción de la candidatura del demandado bajo el argumento de que en los dos casos fue elegido por el mismo movimiento político, que fue objeto de algunas transformaciones. Y, que aquél movimiento “*conforma una simbiosis indisoluble*” con AFROVIDES que en el *sub lite* condujo al desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 263 Constitucional, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2009, y 28 inciso 2º de la Ley 1475 de 2011, referentes a las listas únicas, porque con la misma personería jurídica esa organización política no podía inscribir candidaturas por la circunscripción especial y por la circunscripción ordinaria; además, si optó por hacerlo en la última se entiende que renunció a hacerlo en la primera.

Afirma que el CNE y el movimiento AFROVIDES no acataron lo prescrito en el inciso 2º del artículo 108 de la Constitución,

32 C. 1º fls. 167 a 169.

33 C. 1º fl. 327.

34 C. 1º fl. 338.

35 El resumen de este capítulo se hace con base en el escrito de subsanación presentado el 15 de mayo de 2014 (C. 1º fls. 144 a 146).

debido a que no hicieron la convención dentro de los 2 años siguientes al reconocimiento de la personería jurídica por medio de la Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010, quizás porque los cuadros directivos de la organización son ocupados por familiares del demandado.

Aduce que el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*”, que no inscribió candidatos por la circunscripción especial, “*ejecut[ó] esta maniobra fraudulenta para sustraerse del mandato de la Corte Constitucional del (sic) prohibir el acceso al Congreso de la República de las minorías étnicas, mientras no se produjera la respectiva consulta previa,...*”. Es decir, que su llegada al congreso por la circunscripción ordinaria es ilegal, cámara en la que no podrá llevar la representación de agrupación alguna diferente a los Afrodescendientes.

Observa que el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” inscribió 3 candidatos para la Cámara de Representantes por Sucre “*que no tiene (sic) parentesco alguno con las negritudes, -salvo que quien encabeza la lista se haya arrepentido de ser negro-, pues los dos subsiguientes como se dijo no tienen compromisos públicos de defender en forma prioritaria las necesidades de los Afros, ni promueven, ni conforman identidad de los Afrodescendientes en sus tradiciones,...*”. Adicionalmente sostiene que las directivas de AFROVIDES hicieron una reforma estatutaria que implicó el cambio de nombre y de la naturaleza jurídica de su personería de alcance ordinario, y que dio “*origen a la primera ruta de contrabando electoral, consistente en renunciar a la vía de la Circunscripción Especial (sic) de minorías, para adentrarse por la vía ordinaria sin tener que cumplir el requisito del 3% del umbral a que hace referencia el ART. 108 de la [CP].*”.

Considera que el actuar del movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” atomizó la representación nacional de las comunidades afrodescendientes y vulneró lo dispuesto en el artículo 176.5 de la C.P., porque si bien se reservan 4 curules para las comunidades indígenas y de negritudes, en las elecciones de 9 de marzo de 2014 se eligieron 2 por los indígenas, 2 por FUNECO –comunidades negras- y 2 por aquella organización política.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Además de citar la causal de nulidad del artículo 275 numeral 5º del CPACA, dice el actor que con el acto acusado se violaron los artículos 108, 176.5 y 263 de la Constitución, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2009, la Ley 130 de 1994, los artículos 3º y 28.2 de la Ley 1475 de 2011; y, los artículos 137, 139, 162, 163, 275.8, 276 y 288 de aquella obra.

En desarrollo del concepto de violación y bajo la premisa de que los partidos y movimientos políticos solamente pueden inscribir listas y candidatos únicos y que el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” es el mismo movimiento AFROVIDES, sostiene el demandante que esa agrupación pasó por alto lo previsto en los artículos 263 Superior y 28 inciso

2º de la Ley 1475 de 2011, porque inscribió candidatos para dos circunscripciones distintas –especial de afrodescendientes y ordinaria-, lo que además significó la renuncia al derecho a inscribir candidatos por la circunscripción especial.

Repite el cuestionamiento alusivo a la inobservancia del artículo 108 inciso 2º de la Constitución porque el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” no hizo la convención dentro de los dos años siguientes al 23 de agosto de 2010, cuando obtuvo la personería jurídica. Vuelve a señalar que dicho movimiento participó por la circunscripción ordinaria “*sin inscribir listas las (sic) Circunscripción Especial de minorías étnicas,...*”, con la finalidad de incumplir el deber de la consulta previa. En lo demás, el escrito no hace más que reproducir lo dicho en los hechos.

4.- Contestación

El señor Yahir Fernando Acuña Cardales, asistido por profesional del derecho, contestó la demanda con documento presentado el 17 de junio de 2014³⁶, con el que pidió desestimar las pretensiones. A los hechos respondió, como igual lo hizo en una de las anteriores demandas, que el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” inscribió en principio 4 candidatos a la Cámara de Representantes por Sucre por la confusión que el mismo Gobierno Nacional creó con el Decreto 2788 de 2013, pero que una vez aclarado que sólo eran 3 escaños el último de la lista renunció a su candidatura.

Informa que únicamente aspiraron a la Cámara por la circunscripción territorial no obstante que la Sala de Consulta y Servicio Civil había conceptualizado que podían hacerlo igualmente por la circunscripción especial de Afrodescendientes. Además, le resulta extraño que el actor cuestione que los movimientos AFROVIDES y “*Cien por ciento por Colombia*” sean la misma organización, ya que ese hecho se sustenta en la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013 del CNE, que demuestra el cambio de nombre de ese colectivo, el que nunca inscribió candidatos por la circunscripción de afrodescendientes.

Posteriormente cuenta la forma como se desarrolló el cambio de nombre del movimiento “*Cien por ciento por Colombia*”, que ya ha sido ampliamente ilustrado.

De otra parte, la RNEC se pronunció sobre la demanda con escrito radicado por su apoderado el 18 de junio de 2014³⁷, cuyo contenido es similar a los incorporados a los demás procesos acumulados, en particular porque formula asimismo la excepción de “*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*”.

5.- Trámite

La demanda se inadmitió con auto de 12 de mayo de 2014 tras detectarse algunos defectos de tipo formal³⁸. Después de haber sido corregidas las pretensiones la admisión se decretó

36 C. 1º fls. 198 a 212.

37 C. 1º fls. 265 a 273.

38 C. 1º fls. 131 a 138.

con auto signado el 22 de mayo del mismo año, en el que se ordenaron las notificaciones del caso³⁹. Una vez presentadas las contestaciones arriba citadas se produjo el auto de 2 de julio siguiente, por medio del cual se ordenó mantener el proceso en la secretaría mientras llegaba la oportunidad para decidir sobre la acumulación. Con auto de 1º de agosto de 2014 se aceptó la renuncia al poder que radicó el mandatario judicial de la RNEC.

V.- Expediente No. 110010328000201400038-00 de Eduardo Enrique Pérez Santos⁴⁰

1.- Pretensiones

1.1.- Se anule el formulario E-26 de 16 de marzo de 2014 expedido por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*”.

1.2.- Se cancele la credencial que fue entregada al demandado por la Organización Electoral⁴¹.

1.3.- Se excluyan del escrutinio los votos computados en los formularios E-14 de los diferentes municipios del departamento de Sucre.

1.4.- Se declare la nulidad de la Resolución 13 de 15 de marzo de 2014 expedida por los delegados del CNE.

1.5.- Se declare la nulidad de la Resolución 1319 de 28 de marzo de 2014 dictada por el CNE, que negó el recurso de queja formulado contra la Resolución 13 expedida el 15 del mismo mes y año.

1.6.- Que se practique nuevo escrutinio y que se declare elegido al señor Eduardo Enrique Pérez Santos, candidato 101 del partido Opción Ciudadana.

2.- Fundamentos de Hecho

Informa el actor que de acuerdo con los boletines entregados por la RNEC el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” no obtenía en las elecciones de 9 de marzo de 2014 la votación requerida para conservar la personería jurídica (3% votos válidos), hecho que lo impulsó a pedirle el 14 de los mismos a los delegados del CNE que se excluyera la votación depositada a favor de esa organización política y que se practicara el escrutinio a partir de esa decisión, por supuesto sin asignarle ninguna curul en la Cámara de Representantes

³⁹ C. 1º fls. 173 a 175.

⁴⁰ La demanda inicialmente se dirigió contra los señores Yahir Fernando Acuña Cardales y Candelaria Patricia Rojas Vergara, pero con auto de 14 de julio de 2014 se excluyó de la misma a la señora Candelaria Patricia por presentarse indebida acumulación de pretensiones.

⁴¹ Esta pretensión se presentó con el escrito de subsanación radicado el 21 de mayo de 2014 (C. 1º fls. 137 y 138), por el apoderado judicial del demandante.

por Sucre. En respuesta con la Resolución 13 de 15 de marzo de 2014 emitieron decisión inhibitoria y anticiparon que en su contra no procedía ningún recurso, lo cual se fundamentó en que solamente podían pronunciarse sobre las causales de reclamación del artículo 192 del C.E.

Agrega que en todo caso formularon recurso de reposición contra la Resolución 13 para abrir el camino al recurso de queja y por separado presentaron recurso de apelación. Los delegados del CNE dictaron la Resolución 15 de 16 de marzo de 2014, con la que sostuvieron que el acto impugnado era de trámite, y por tanto, no admitía apelación; sin embargo, expidieron las copias para surtir la queja, que tampoco arrojó resultados favorables porque el CNE también se declaró incompetente porque ya se había declarado la elección aquí impugnada, pese a que la parte recurrente había cumplido las prescripciones de los artículos 74 del CPACA y 377 y 378 del CPC.

3.- Normas violadas y concepto de violación

El demandante alega que se configura la causal de nulidad del artículo 275 numeral 4º del CPACA, pero que bajo el principio *iura novit curia* invoca la eventual materialización de la causal del numeral 5º del mismo artículo. Después de citar lo dispuesto en los artículos 108 Constitucional, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009, y 6º de la Ley 130 de 1994, afirma que no obstante que el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” presentó candidatos a la Cámara por las circunscripciones de Sucre, Bogotá D.C., Santander y Casanare, su votación global no llegó al 3% de la votación total válida computada para Cámara, monto que era obligatorio para tener derecho a la asignación de curules.

Sostiene que la decisión de los delegados del CNE de no conceder el recurso de apelación arriba mencionado, vulnera lo previsto en el artículo 265 numeral 3º de la Constitución, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, que le atribuye al CNE la competencia para decidir los recursos interpuestos contra las decisiones de sus delegados, lo cual también se establece en el artículo 12 numeral 8º del CE. Además, en la Resolución 4121 de 2011 artículo 2º esa entidad de la Organización Electoral contempló dicha competencia.

4.- Contestación

La RNEC, con documento allegado el 18 de junio de 2014⁴², presentó el mismo escrito que acompañó en los demás procesos, en el que propuso la excepción de “*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*”.

El apoderado designado por el señor Yahir Fernando Acuña Cardales contestó la demanda con memorial radicado el 24 de junio de 2014⁴³, en el que advierte la identidad de este caso con otro ya referido, motivo por el cual no es menester hacer una completa síntesis de lo que en esta oportunidad

⁴² C. 1º fls. 173 a 181.

⁴³ C. 1º fls. 192 a 212.

se responde, que como dato novedoso señala que la Sección Quinta del Consejo de Estado con sentencia fechada el 23 de septiembre de 2005 (Exp. 110010328000200400014-01), sentó jurisprudencia según la cual una vez finalizado el escrutinio las autoridades electorales no pueden abstenerse de emitir el acto declarativo de la elección.

Señala que la asignación de escaños no está condicionada al hecho de conservar la personería jurídica sino que se rige por el sistema de cifra repartidora, cuyos parámetros fueron explicados por la guía dirigida a los agentes del Ministerio Público para las elecciones territoriales de 2011. Además, sostiene con base en la sentencia C-089 de 1994 de la Corte Constitucional que la personería jurídica no es presupuesto para la existencia de la organización política.

5.- Trámite

La demanda se inadmitió con auto de 16 de mayo de 2014 porque se encontró que tenía algunos defectos formales⁴⁴. Una vez subsanada la misma se admitió con auto de 27 del mismo mes y año, con el que se ordenaron las notificaciones correspondientes⁴⁵. Con auto de 14 de julio siguiente se dispuso excluir del proceso a la demandada Candelaria Patricia Rojas Vergara, por presentarse indebida acumulación de pretensiones⁴⁶. Después se dictó el auto de 25 de julio que ordenó remitir el proceso a secretaría para su ulterior acumulación⁴⁷. El 6 de agosto se profirió auto que reconoció personería y aceptó la renuncia a ciertos apoderados, además de devolver el proceso a secretaría para acumulación. Y, por último, se emitió el auto de 14 de octubre de 2014 con similares disposiciones al anterior.

VI.- Expediente No. 110010328000201400039-00 de Eduardo Enrique Pérez Santos

1.- Pretensiones

1.1.- Se anule el formulario E-26 de 16 de marzo de 2014 expedido por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*".

1.2.- Se cancele la credencial que le entregó la Organización Electoral.

2.- Fundamentos de Hecho

Narra hechos alusivos a la presunta doble militancia en que incurrió el señor Yahir Fernando Acuña Cardales porque para el período 2010-2014 fue elegido Representante a la Cámara por el movimiento AFROVIDES en la circunscripción especial

44 C. 1º fls. 130 y 131.

45 C. 1º fls. 145 y 146.

46 C. 1º fls. 341 a 343.

47 C. 1º fl. 364.

de Afrodescendientes, en tanto que para el período 2014-2018 resultó electo por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*" como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre. Como ya han sido ampliamente ilustrados en otros procesos se prescinde de hacer un nuevo resumen.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Las normas que el demandante considera infringidas corresponden a los artículos 137 y 275 numeral 8º del CPACA, 2º de la Ley 1475 de 2011, 265 numeral 3º de la Constitución, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, 12 numeral 8º del C.E. El desarrollo del concepto de la violación de este compendio normativo es el mismo que ya se sintetizó en estos antecedentes.

4.- Contestación

El apoderado del señor Yahir Fernando Acuña Cardales contestó la demanda con escrito presentado el 12 de agosto de 2014⁴⁸, en el que como él mismo lo dice, vuelve a exponer los argumentos que ya esgrimió frente a otros procesos acumulados, razón por la cual la Sala se remite a la síntesis que al efecto ya se hizo.

Por su parte, el apoderado designado por la RNEC se pronunció sobre la demanda con memorial radicado el 15 de agosto de 2014⁴⁹, por medio del cual se planteó la excepción de "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*", como igualmente lo hizo frente a otros procesos.

5.- Trámite

Con motivo de haberse advertido la presencia de algunos defectos formales la demanda se inadmitió con auto de fecha 13 de junio de 2014⁵⁰. Después de subsanada la demanda se admitió con auto calendado el 17 de julio siguiente⁵¹, con el que se ordenaron las respectivas notificaciones y se negó la suspensión provisional del acto acusado. Una vez recibidas las contestaciones y practicadas las notificaciones del auto que admitió la demanda, se profirió el auto de 20 de octubre de 2014 que decidió enviar el proceso a secretaría para su posible acumulación⁵².

VII.- Expediente No. 110010328000201400044-00 de Procuraduría General de la Nación

1.- Pretensiones

1.1.- Se anule el formulario E-26 de 16 de marzo de 2014 expedido por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*".

48 C. 1º fls. 201 a 241.

49 C. 1º fls. 304 a 311.

50 C. 1º fls. 1C. 1º fls. 145 a 149.

51 C. 1º fls. 161 a 169.

52 C. 1º fls. 326 a 328.

1.2.- Se cancele la credencial que le entregó la Organización Electoral.

1.3.- Se declare que la falta absoluta generada por la nulidad no puede suplirse con ninguno de los inscritos en la misma lista.

2.- Fundamentos de Hecho

La agente especial de la PGN señala que el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” inscribió dentro la lista de aspirantes a la Cámara de Representantes por el departamento de Sucre (2014-2018), a los señores Yahir Fernando Acuña Cardales, Candelaria Patricia Rojas Vergara y José Carlos Mizger Pacheco; Y, que para la misma elección pero por la circunscripción especial de afrodescendientes el movimiento AFROVIDES, “*que para los efectos corresponde al mismo Movimiento Político denominado CIENTO (sic) POR CIENTO POR COLOMBIA...*”, inscribió como candidatos a los señores Sixto Manuel García Mejía, Pedro Terán Campo y Jorge Luis Anaya Silgado. De todos los anteriores únicamente fueron elegidos los señores Acuña Cardales y Rojas Vergara.

Cuenta, como igual lo hicieron otros sujetos procesales, que el Movimiento Político AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO obtuvo la personería jurídica con Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010 del CNE, porque el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue elegido Representante a la Cámara por la mencionada circunscripción especial; que cambió su nombre por el de Movimiento Político AFROVIDES (Res. 316 de 03-V-11 CNE); y que por último adoptó como denominación la de Movimiento Político “*Cien por ciento por Colombia*” (Res. 3203 14-XI-13 CNE). Es decir, continúa la agente especial, que la personería se confirió “*en representación del régimen de protección especial vigente para las comunidades afrodescendientes y no para el régimen político ordinario...*”.

Informa que el demandado, para la época de las inscripciones, actuaba como vicepresidente del Movimiento Político “*Cien por ciento por Colombia*”, en tanto que el señor Sixto Manuel García Mejía fungía como presidente del Movimiento AFROVIDES, quienes sabían de la aspiración política del otro. Además, que la PGN durante los escrutinios dejó constancia que la personería jurídica obtenida en el régimen ordinario tan solo permite participar en la circunscripción ordinaria y que la personería jurídica que se gana en la circunscripción especial solamente habilita para participar por dicha circunscripción, observación que apunta a que la “*representación sea coherente con el origen de la personería jurídica.*”.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Cargo Primero: La parte demandante invoca como normas infringidas los artículos 258 y 263 de la Constitución; 35 inciso 3º de la Ley 1475 de 2011; y 137 y 275 inciso 1º de la Ley 1437 de 2011. Aduce que en lo referente a la Cámara de Representantes las circunscripciones ordinaria y especial deben asumirse como una sola circunscripción, de modo que a los ciudadanos sólo

se les permite depositar un voto y a las organizaciones políticas inscribir una sola lista.

Asegura que lo anterior no se cumplió respecto del señor Acuña Cardales porque fue incluido en la lista presentada por el Movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” en la circunscripción territorial de Sucre, y porque la misma organización, bajo el nombre de Movimiento Político AFROVIDES, inscribió otra lista por la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes, las cuales coinciden territorialmente. Esta situación afectó el derecho a la igualdad de los demás actores políticos y desconoció el deber de inscribir listas únicas.

Segundo cargo: Invoca la causal de nulidad del artículo 275 numeral 5º del CPACA y los artículos 7º, 40, 108, 171 y 176 de la Constitución, y 28 de la Ley 1475 de 2011, como normas vulneradas. Luego de una extensa explicación sobre las diferencias existentes entre el régimen legal previsto para la circunscripción electoral ordinaria y la circunscripción electoral especial de la Cámara de Representantes, recuerda la demandante que el inciso 3º del artículo 28 del proyecto de ley estatutaria que actualmente es la Ley 1475 de 2011, establecía que en la circunscripción especial de minorías étnicas únicamente podían participar los partidos y movimientos políticos que hubieran alcanzado personería jurídica dentro del mismo régimen excepcional de esos grupos minoritarios, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional porque no se surtió el trámite de la consulta previa.

Considera que no obstante la inexecutable en comento, la intención del constituyente revela que las organizaciones políticas de régimen ordinario no pueden participar en la circunscripción especial de minorías étnicas, y por lo mismo, “*los partidos y movimientos políticos y organizaciones sociales de las minorías étnicas tampoco pueden inscribir listas y candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones de régimen electoral ordinario...*”.

Así, afirma la accionante que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales no podía inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción electoral del departamento de Sucre por el movimiento “*Cien por ciento por Colombia*”, ya que este movimiento “*tiene personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto para las minorías étnicas en lo que compete a la circunscripción electoral especial de las comunidades afrodescendientes...*”.

Observa la agente especial, después de transcribir grandes apartes de la sentencia C-702 de 2010 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 8º del artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009, que los partidos políticos con origen en el régimen especial en comento vieron comprometido su derecho a postular candidatos por esa circunscripción excepcional, el cual tuvo que ser protegido en las pasadas elecciones del 9 de marzo de 2014 por medio de fallo de tutela emitido en acción impetrada por el señor

Marco Aníbal Avirama Avirama (Exp. 201301939-01). A ello se ha debido acoger el señor Acuña Cardales para mantenerse en la circunscripción especial “*pero no inscribir multiplicidad de listas por diferentes circunscripciones como lo hizo bajo la denominación AFROVIDES y CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA.*”.

4.- Contestación

El apoderado del accionado, con documento presentado el 17 de junio de 2014⁵³, se pronunció sobre la demanda, cuyas pretensiones pidió desestimar. Frente a los hechos dijo que unos eran ciertos pero que otros no, de lo cual se resalta que la organización de base AFROVIDES no corresponde al movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” y que la prohibición a que alude la agente de la PGN opera frente a los movimientos políticos con personería jurídica que quieran avalar candidatos en las circunscripciones especiales, tesis que ha sido sostenida por el CNE en múltiples oportunidades.

Con todo, reconoce una visión diferente del problema a partir del concepto emitido el 18 de abril de 2013 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Exp. 110010306000201300051-00) y del fallo proferido el 22 de agosto del mismo año por la Sección Segunda - Subsección B de la misma corporación (sin radicación ni explicación).

Afirma que el CNE le reconoció personería jurídica a AFROVIDES, hoy “*Cien por ciento por Colombia*”, por medio de la Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010, bajo el convencimiento de que no quedaba limitada a la circunscripción especial de afrodescendientes, época en la que incluso ya se había expedido el citado concepto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Pone de presente que el señor Sixto Manuel García Mejía, demandante en uno de los procesos acumulados y oponente político del demandado, sin el consentimiento del señor Acuña Cardales se valió de la organización de base AFROVIDES para postularse como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes, motivo por el cual le resulta injusto “*el pretender que por su inscripción se demande la Elección de mi Representado.*”. Deja en claro, además, que el movimiento político “*Cien por ciento por Colombia*” no apoyó la participación de la organización de base, razón que llevó a que el señor García Mejía se separara de este movimiento, tal como consta en el Acta 002 sobre la reunión de la Dirección Nacional del movimiento AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, realizada el 19 de octubre de 2013.

5.- Trámite

La demanda se inadmitió con auto de fecha 12 de mayo de 2014 para que se corrigieran algunas inconsistencias formales⁵⁴. Una vez presentado el escrito de subsanación, se dictó el auto de

22 del mismo mes y año, con el cual se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones correspondientes⁵⁵. Practicadas las notificaciones y contestada la demanda, se expidió el auto de 2 de julio de 2014 a través del cual se ordenó mantener el expediente en secretaría en espera de la acumulación⁵⁶.

II.- AUDIENCIA INICIAL

Esta diligencia se cumplió el 18 de diciembre de 2014⁵⁷ con la presencia de Melquiades Atencia Gómez, Sixto Manuel García Mejía, su apoderado, el apoderado de Eduardo Enrique Pérez Santos y Fulgencio Pérez Díaz, el Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado en calidad de demandante, el apoderado de Yahir Fernando Acuña Cardales y el apoderado de la RNEC.

La excepción de “*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*” propuesta por el apoderado de la RNEC dentro de los expedientes 201400024, 201400036, 201400037, 201400038 y 201400039, se declaró probada porque los cargos planteados con las demandas acumuladas no se refieren a irregularidades en las que hayan podido incurrir los funcionarios de esa entidad.

No se halló irregularidad alguna en el trámite de los procesos acumulados que ameritara saneamiento, se identificaron los hechos compartidos por las partes y el litigio se fijó alrededor de estos problemas jurídicos:

“¿La validez de la elección a una Corporación Pública de elección popular está sujeta al hecho de que el partido o movimiento político con personería jurídica por el que resultó electa la persona, obtenga durante la misma jornada electoral la votación constitucionalmente requerida para conservar dicha personería?”

¿La eventual pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político por no haber alcanzado durante la jornada electoral el umbral requerido para conservarla, afecta las calidades o requisitos con que debe contar un aspirante a ser electo Representante a la Cámara, al punto de configurar la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 275 del C.P.A.C.A.?”

¿Incorre en doble militancia un congresista electo por la circunscripción especial de afrodescendientes Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - Afrovides, que sin renunciar a su condición, se inscribe y sale electo [por] el movimiento Cien por Ciento por Colombia?⁵⁸”

53 C. 1º fls. 216 a 235.

54 C. 1º fls. 164 a 168.

55 C. 1º fls. 182 a 185.

56 C. 1º fl. 310.

57 Exp. 201400023 C. 1º fls. 241 a 261.

58 Este problema jurídico fue reformulado en la audiencia inicial gracias al recurso de reposición que al efecto propuso el demandante Sixto Manuel García Mejía.

Posteriormente se decidió sobre el decreto de las pruebas aducidas y solicitadas por las partes y se anunció a la audiencia que el proceso se volvía escritural en el trámite que faltaba, lo que implicaba presentar los alegatos en el término de 10 días.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial del señor Yahir Fernando Acuña, con documento presentado el 29 de enero de 2015⁵⁹, formuló sus alegatos de conclusión. En cuanto al primer problema jurídico, atinente a la eventual incidencia que pueda tener en la validez del acto de elección acusado el hecho de no alcanzar la votación requerida para conservar la personería jurídica, reitera lo dicho al contestar el mismo cargo, esto es, que la adjudicación de las curules se hace por el sistema de cifra repartidora sujeto al umbral del 50% del cociente electoral, lo cual fue satisfecho por la lista inscrita por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*". Además, pide tener en cuenta lo discurrido por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Exp. 201400053), en la que se resolvió una discusión jurídica similar.

Frente al segundo problema jurídico, relativo a si la pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político puede llegar a configurar la causal de nulidad del artículo 275 numeral 5° del CPACA, por falta de calidades o requisitos, enfáticamente dice que no. En pocas palabras sostiene que las calidades para ser congresista están fijadas en el artículo 177 de la Constitución, las cuales cumple el demandado, quien no está incurso en ninguna causal de inhabilidad del artículo 179 *ibídem*.

Respecto a la doble militancia que se le imputa al señor Acuña Cardales, el apoderado se limita a reiterar los extensos argumentos expuestos al contestar la demanda, los que se concentran en querer demostrar que no hay duplicidad de partidos o movimientos políticos, debido a que el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*" procede de la organización de base AFROVIDES.

El Procurador 7° delegado ante el Consejo de Estado, con documento presentado el 5 de febrero de 2015⁶⁰, quien actúa en condición de demandante dentro el expediente radicado con el No. 110010328000201400044-00, señala que la elección acusada debe anularse porque se violó el sistema de listas únicas, dado que el señor Acuña Cardales fue inscrito y elegido por el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*" y porque valiéndose de la organización de base AFROVIDES inscribió otra lista en la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes. La invalidez la sustenta igualmente en que dicho movimiento político obtuvo su personería jurídica en el régimen especial de la anterior circunscripción, lo que tan solo lo habilitaba para presentar candidatos en la misma, pero no en la circunscripción ordinaria.

El señor Fulgencio Pérez Díaz, actor en los procesos radicados con los Nos. 110010328000201400036-oo y 110010328000201400037-00, presentó los alegatos de conclusión con memorial allegado el 5 de febrero de 2015⁶¹, en el que identificó los problemas jurídicos fijados en la audiencia inicial, respecto de los cuales expuso la misma argumentación de sus demandas y de los otros sujetos procesales que comparten esas tesis, que no es necesario reiterar en esta oportunidad.

Por su parte, el señor Sixto Manuel García Mejía formuló sus alegatos de conclusión con escrito radicado el 6 de febrero de 2015⁶², en el que recuerda los problemas jurídicos que se fijaron en la audiencia inicial, en particular el tercero, que en su opinión debe absolverse en el sentido de que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales sí incurrió en doble militancia política porque fue elegido Representante a la Cámara para el período 2010-2014 por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, por la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes, y porque para el período siguiente fue elegido en la misma cámara pero por la circunscripción territorial del departamento de Sucre, a lo que se suma el hecho de que las dos organizaciones políticas son diferentes.

Sostiene que no se respetó la regla de inscribir listas únicas compuestas por un número de personas que no supere el de cargos a proveer, ya que el movimiento "*Cien por ciento por Colombia*" inscribió cuatro personas y no tres, que es el número que integra la circunscripción de Sucre; y, porque a partir del hecho que las dos organizaciones son una misma, se presentó una doble inscripción en las circunscripciones especial y ordinaria, como ampliamente se ha explicado.

Los apoderados designados por el señor Eduardo Enrique Pérez Santos⁶³ y por la RNEC⁶⁴ presentaron sus alegatos con documentos allegados el 9 de febrero de 2015, los que por haber sido entregados en forma tardía no serán objeto de síntesis⁶⁵.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para juzgar la legalidad de la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), la fija el artículo 149 numeral 3° del CPACA, al igual que el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003, que modificó el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado.

61 Exp. 201400023 C. 1° fls. 339 a 355.

62 Exp. 201400023 C. 1° fls. 357 a 363.

63 C. 1° fls. 366 a 372.

64 C. 1° fls. 374 a 381.

65 Según la constancia secretarial visible al folio 282 del Expediente No. 201400023, el término para presentar alegatos de conclusión transcurrió entre las 8:00 a.m., del 26 de enero y las 5:00 p.m., del 6 de febrero de 2015.

59 Exp. 201400023 C. 1° fls. 285 a 334.

60 Exp. 201400023 C. 1° fls. 335 a 338.

2.- Acto Acusado

Se trata del formulario E-26 CA expedido el 16 de marzo de 2014 por los delegados del CNE, por medio del cual se declaró la elección, entre otros, del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período constitucional 2014-2018⁶⁶.

3.- Pruebas Relevantes

1.- Copia formulario E-6 CT de 9 de diciembre de 2013 por medio del cual se realizó la inscripción de la lista de candidatos del movimiento "Cien por ciento por Colombia", a la Cámara de Representantes por el departamento de Sucre, período 2014-2018, compuesta por los señores Yahir Fernando Acuña Cardales, Candelaria Patricia Rojas Vergara, José Carlos Mizger Pacheco y Erwin Eliazar Fernández Caraballo⁶⁷. El documento está firmado por la señora Evelyn del Toro Cardales en calidad de representante legal del movimiento político.

2.- Copia del aval otorgado por la señora Evelyn del Toro Cardales, representante legal del movimiento "Cien por ciento por Colombia", a la lista mencionada en el numeral anterior⁶⁸.

3.- Copia de la renuncia presentada por el señor Erwin Eliazar Fernández Caraballo, como candidato de la lista inscrita por el movimiento "Cien por ciento por Colombia" a la Cámara de Representantes por el departamento de Sucre (2014-2018)⁶⁹.

4.- Copia del acto expedido el 17 de diciembre de 2013 por los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para el departamento de Sucre, mediante el cual se aceptó la renuncia de la candidatura del señor Erwin Eliazar Fernández Caraballo por el movimiento "Cien por ciento por Colombia"⁷⁰.

5.- Copia de la certificación expedida el 19 de noviembre de 2013 por el Subsecretario del CNE, señor Benjamín Ortiz Torres, por medio de la cual se hace saber:

"Que al MOVIMIENTO POLITICO (sic) AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, se le reconoció Personería Jurídica mediante Resolución 1854 del 23 de agosto de 2010, proferida por el Consejo Nacional Electoral la cual se encuentra vigente.

Que mediante la Resolución 0316 del 03 de mayo de 2011, se registro (sic) el cambio de nombre del Movimiento Afrovides la esperanza de un Pueblo, en consecuencia se denominara (sic) MOVIMIENTO POLITICO (sic) AFROVIDES.

Que mediante la Resolución 3203 del 14 de noviembre de 2013, se registro (sic) el cambio de nombre del

Movimiento Político Afrovides, en consecuencia se denominara (sic) MOVIMIENTO POLITICO (sic) CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA.

Que mediante la Resolución 3203 del 14 de noviembre de 2013, se registro (sic) a la señora EVELYN DEL TORO CARDALES, como Presidenta y Representante legal del citado Movimiento."⁷¹

6.- Constancia expedida el 29 de diciembre de 2014 por el señor Jorge Humberto Mantilla Serrano, Secretario General de la Cámara de Representantes, en la que hace saber que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales se desempeñó como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes, por el período comprendido entre el 20 de julio de 2010 y el 19 de julio de 2014⁷².

7.- Copia de la Resolución 00246 de 16 de septiembre de 2009, expedida por la señora Rosa Carlina García Anaya, Directora para Asuntos de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante la cual se dispuso:

"ARTICULO PRIMERO: Inscribise en el Registro Unico de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras denominada ASOCIACION DE AFROCOLOMBIANOS PARA LA VIVIENDA, DEPORTE, EDUCACION Y SALUD 'AFROVIDES', con domicilio en la K 2 No. 27-184, en el Municipio de Tolú, Departamento de Sucre, Representada legalmente por el (la) señor (a) PEDRO TERAN CAMPO, identificado..."⁷³

8.- Copia de la Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010, expedida por el CNE, mediante la cual se dispuso:

"Artículo Primero: Reconocer Personería Jurídica como Movimiento Político a AFROVIDES –LA ESPERANZA DE UN PUEBLO.

Artículo Segundo: Aprobar los estatutos, Plataforma Política, Código de Etica y régimen Disciplinario del Movimiento Político a (sic) AFROVIDES –LA ESPERANZA DE UN PUEBLO.

Artículo Tercero: Inscribir los nombres de las siguientes personas, quienes fueron elegidos para dirigir e integrar sus órganos de gobierno:

66 C. 1º fls. 366 a 372.

67 C. 1º fls. 44 y 45.

68 Exp. 201400023 C. 1º fl. 46.

69 Exp. 201400023 C. 1º fl. 42.

70 Exp. 201400023 C. 1º fl. 43.

71 Exp. 201400023 C. 1º fl. 47.

72 Exp. 201400023 C. 1º fl. 278.

73 Exp. 201400024 C. 1º fl. 84.

CARGO	NOMBRES	DOCUMENTO
PRESIDENTE	SIXTO MANUEL GARCIA MEJIA
VICEPRESIDENTE	EVELIN DEL TORO CARDALES
SECRETARIO GENERAL	OSNARDY ISABEL ACUÑA
TESORERO	PEDRO TERAN CAMPO
VOCAL	LEONARDA CARDALES CORREA”

En la parte motiva de esta resolución el CNE destacó, entre otras cosas, lo siguiente:

“13.- Que revisados los archivos de esta corporación se encuentra que mediante Resolución 1795 del diecinueve de Julio de 2.010 se declaró elegido Representante a la Cámara para el período constitucional 2.010 - 2.014, avalada e inscrita por la ASOCIACION (sic) DE AFROCOLOMBIANOS PARA LA VIVIENDA, DEPORTE, EDUCACION (sic) Y SALUD ‘AFROVIDES’, a YAHIR FERNANDO ACUÑA CARDALES,...

14.- Que el Movimiento Político AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, ha solicitado al Consejo Nacional Electoral se le reconozca y otorgue personería jurídica como movimiento político.

15.- Que el Movimiento Político AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, ha presentado copia de sus estatutos debidamente aprobados por su Asamblea Nacional en la que expresaron su voluntad de fundar el Movimiento Político. (...)”⁷⁴

9.- Copia de la Resolución 0316 de 3 de mayo de 2011, dictada por el CNE, a través de la cual se dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: REGISTRAR el cambio de nombre del Movimiento Político AFROVIDES LA ESPERANZA DE UN PUEBLO. En consecuencia, en adelante se denominará MOVIMIENTO POLITICO AFROVIDES, de conformidad con lo expresado en la motivación que antecede.

ARTICULO SEGUNDO: INSCRIBIR como miembros de la Junta Directiva del MOVIMIENTO POLITICO AFROVIDES, a los siguientes ciudadanos: JESUS MARIA VERTEL DIAZ,... como Secretario General y al señor OSNAR CARLOS ACUÑA CARDALES..., como Vocal. (...)”⁷⁵

10.- Copia de la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013, dictada por el CNE, por medio de la cual se dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: REGISTRAR. (sic) Según solicitud realizada ante la Corporación, a la señora

EVELYN DEL TORO CARDALES..., como Presidenta y Representante legal del movimiento político Afrovides.

ARTICULO SEGUNDO: REGISTRAR al señor JAIR (sic) FERNANDO ACUÑA CARDALES..., como Vicepresidente del Movimiento Político.

ARTICULO TERCERO: REGISTRAR a la señora LEONARDA CARDALES CORREA..., como Tesorera del Movimiento Político.

ARTICULO CUARTO: REGISTRAR al señor JULIO CANCIO BANQUEZ como veedor del Movimiento Político.

ARTICULO QUINTO: REGISTRAR el nuevo nombre y dirección del Movimiento político, así: Nombre del Movimiento Político: MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA. (...)”⁷⁶

11.- Copia del Acta No. 003 de 30 de octubre de 2009⁷⁷ sobre la sesión realizada por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, en la que se consideró la petición formulada por Yahir Fernando Acuña Cardales, entre otras personas, para ser admitido como afiliado de esa asociación, y se dejó constancia que “la Asamblea General Aprobó de manera unánime la afiliación de los solicitantes.”. En esa oportunidad Pedro Terán Campo actuó como presidente y representante legal y Sixto García Mejía como secretario general.

12.- Copia del Acta No. 004 de 20 de enero de 2010⁷⁸ sobre la sesión realizada por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, en la que participó como miembro de la asociación Yahir Fernando Acuña Cardales. En esa oportunidad Pedro Terán Campo actuó como presidente y representante legal y Sixto García Mejía como secretario general.

13.- Copia del formulario E-7CN de 24 de febrero de 2010⁷⁹ radicado ante los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil de Sucre, por medio del cual Pedro Terán Campo, en calidad de representante legal de AFROVIDES, modificó una

74 Exp. 201400024 fls. 256 a 262.

75 Exp. 201400024 C. 1º fls. 263 a 267.

76 Exp. 201400024 C. 1º fls. 285 a 292.

77 C.2º fls. 25 a 27.

78 C.2º fls. 28 a 31.

79 C.2º fls. 94 y 95.

inscripción anterior e inscribió, entre otras personas, a Yahir Fernando Acuña Cardales como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes, para las elecciones a realizarse el 14 de marzo de 2010.

14.- Copia del oficio de 24 de febrero de 2010⁸⁰ dirigido a los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil de Sucre, por medio del cual Pedro Terán Campo y Sixto García Mejía como representante legal y secretario general de la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, avalaron la candidatura de Yahir Fernando Acuña Cardales como aspirante a Representante a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades Afrodescendientes, período 2010-2014.

15.- Copia del acta de constitución del 20 de agosto de 2008, por medio de la cual un grupo de ciudadanos decide conformar una persona jurídica sin ánimo de lucro denominada “AFROVIDES”.⁸¹

16.- Copia de la solicitud del 9 de septiembre de 2009 por medio de la cual se solicitó al Ministerio del Interior el registro de la organización de base “AFROVIDES” como organización de las comunidades afrodescendientes.⁸²

17.- Copia del documento suscrito el 4 de agosto de 2010, por el entonces representante legal de AFROVIDES, en el cual se solicitó al Consejo Nacional Electoral que se registrara como movimiento político a AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO.⁸³

18.- Copia del acta de constitución del movimiento político a AFROVIDES LA ESPERANZA DE UN PUEBLO⁸⁴, así como de sus estatutos⁸⁵, plataforma política⁸⁶ y código de ética⁸⁷.

19.- Copia del Acta N° 2 del 12 de enero de 2011 del movimiento político AFROVIDES LA ESPERANZA DE UN PUEBLO, en la cual se aprobó el cambio del nombre de dicha organización política, la cual paso a identificarse únicamente con la sigla AFROVIDES.⁸⁸

4.- Asunto previo

Como se estableció en la audiencia inicial, los problemas jurídicos que deben ser definidos por la Sala en este proceso, y frente a los cuales se fijó el litigio, fueron:

“La validez de la elección a una Corporación Pública de elección popular está sujeta al hecho de que el partido o movimiento político con personería jurídica por el

que resultó electa la persona, obtenga durante la misma jornada electoral la votación constitucionalmente requerida para conservar dicha personería?

¿La eventual pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político por no haber alcanzado durante la jornada electoral el umbral requerido para conservarla, afecta las calidades o requisitos con que debe contar un aspirante a ser electo Representante a la Cámara, al punto de configurar la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 275 del C.P.A.C.A.?

¿Incorre en doble militancia un congresista electo por la circunscripción especial de afrodescendientes Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - Afrovides, que sin renunciar a su condición, se inscribe y sale electo [por] el movimiento Cien por Ciento por Colombia?⁸⁹”

La Sala se circunscribirá al análisis de los problemas jurídicos señalados en la fijación del litigio, así:

Primero, se analizará lo relativo a los efectos que eventualmente puede tener en la legalidad del acto acusado el hecho de que el movimiento político “*Cien por ciento por Colombia*” no haya logrado la votación requerida para conservar la personería jurídica reconocida por el CNE.

Segundo, se determinará si el señor Yahir Fernando Acuña Cardales, elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento de Sucre (2014-2018), conquistó esa curul a pesar de estar incurso en doble militancia política.

5.- Cargos de las demandas acumuladas

5.1.- Cargo 1º.- Ilegalidad de la elección acusada porque el Movimiento “*Cien por ciento por Colombia*” no alcanzó la votación requerida para conservar la personería jurídica

Las demandas interpuestas por Melquiades Atencia Gómez (201400023), Sixto Manuel García Mejía (201400024), Fulgencio Pérez Díaz (201400037) y Eduardo Enrique Pérez Santos (201400038), ponen en tela de juicio la legalidad presunta de la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período constitucional 2014-2018, porque el movimiento político “*Cien por ciento por Colombia*”, que avaló su inscripción, no obtuvo la votación requerida para conservar la personería jurídica.

80 C.2º fls. 96 a 98.

81 Fls. 32 y sgtes del Expediente de Inspección Judicial.

82 Fl. 49 del Expediente de Inspección Judicial.

83 C.1º Fl. 445

84 C. 1º Fls. 446-448

85 C. 1º Fl. 450-455

86 C 1º Fl. 456-457

87 C 1º Fl. 458 a 470

88 C 1º Fl. 508 a 509

89 Este problema jurídico fue reformulado en la audiencia inicial gracias al recurso de reposición que al efecto propuso el demandante Sixto Manuel García Mejía.

Precisan que ese movimiento político en las pasadas elecciones del 9 de marzo de 2014, apenas obtuvo 131.289 votos, cifra inferior al 3% del total de votos válidos depositados para la Cámara de Representantes a nivel nacional, que cuando iba escrutado el 98.42% correspondía a 11.715.956 votos. Es decir, que el hecho de no haber superado ese tope conduce a la pérdida de la personería jurídica, presupuesto que en opinión de los accionantes es necesario “*para entrar a competir por las Curules a proveer...*”, ya que la organización política que la pierde “*no tiene derecho a las curules que se pueden originar de su votación...*”, como quiera que sus candidatos quedan incurso en la causal de nulidad del artículo 275 numeral 5º del CPACA por falta de “*las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad...*”.

Tal como se anunció al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial, lo relevante de este planteamiento es determinar si la validez del acto de elección por votación popular está condicionada al hecho de que la organización política que avaló la candidatura del demandado obtenga la votación que se necesita para conservar la personería jurídica –en caso de que la tuviera-. Para ello es menester exponer algunas reflexiones alusivas al diseño democrático del Estado Colombiano, que sin duda conducirán a la solución de la controversia.

Una lectura atenta de la Constitución Política de 1991 evidencia que el constituyente puso bastante énfasis, entre otras cosas, en la participación democrática. Así lo nota la Sala, *Vr. Gr.*, al leer el artículo 1º donde se define al Estado Colombiano como un “*Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...*” (Negrillas no son del original).

Como complemento de lo anterior el artículo 2º de la misma obra le impuso al Estado Colombiano como uno de sus fines esenciales el de “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación...*” (Se resalta con negrillas). Al tiempo que el artículo 38 *ibidem* garantiza a las personas el derecho a la libre asociación para cualquiera de las actividades que legítimamente desarrolla la sociedad; y que el artículo 40 *ejusdem*, que alberga el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, le reconoce a las personas el derecho a “*Constituir partidos, movimientos y agrupaciones sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*”.

El nuevo diseño constitucional que se adoptó en 1991 deja ver que la democracia colombiana se vigorizó de forma notable. Ya se habla con mayor fuerza de que la nuestra es una democracia universal y expansiva, lo cual ha sido explicado por la doctrina constitucional en estos términos:

“Así, es universal pues ‘*compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como*

privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social’. Y este principio democrático es expansivo pues ‘*ba de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción*’^{90, 91}

De igual forma, el ímpetu se puso en lo relativo al sufragio activo porque en la actualidad los ciudadanos cuentan con mayores escenarios en los que pueden hacer sus manifestaciones democráticas, materializado en gran medida con la expedición de la Ley 134 de 31 de mayo de 1994 “*Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.*”, que contempla canales de incidencia directa en el poder político como la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la consulta popular en todos los órdenes, la revocatoria del mandato y el cabido abierto.

Y, también lo hizo en lo concerniente al sufragio pasivo, esto es, en cuanto a la potencialidad que tienen los ciudadanos de acceder al ejercicio del poder político mediante su postulación como candidatos en las jornadas democráticas. Con tal fin, el constituyente dejó abierta la posibilidad a que aquellos se organizaran bajo distintas formas asociativas para conquistar el poder político, las cuales se caracterizan, en términos generales, porque unas cuentan con personería jurídica mientras que otras no, con la precisión que bajo el cumplimiento de ciertos requisitos se pueda obtener era prerrogativa.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico cuenta con múltiples referentes sobre la apertura democrática que significó el giro constitucional adoptado por la asamblea nacional constituyente de 1991. El artículo 108 Superior, por ejemplo, enseña que el CNE, entidad que se encarga de la regulación, inspección, vigilancia y control de toda la actividad de las organizaciones políticas (Art. 265 Ib.), es la autoridad competente para reconocer personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos cuando obtengan una votación no inferior al 3% de los votos válidamente emitidos a nivel nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado.

El mismo precepto establece que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica debidamente reconocida pueden inscribir candidatos a las elecciones, para lo cual su representante legal debe otorgar el aval del caso, incluso puede delegar el ejercicio de esa atribución. Igualmente prescribe que los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, que en principio no cuentan con personería jurídica, también pueden inscribir candidatos a las elecciones.

90 Sentencia C-089 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 1.4.

91 Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 24 de agosto de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Por su parte, el artículo 9º de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994 “*Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones.*”, consagra en cuanto a la postulación de candidatos a cargos de elección popular que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida lo podrán hacer sin más requisitos que el aval otorgado por su representante legal o por su delegado. De igual forma, dicho precepto establece que:

“**Las asociaciones de todo orden**, que por decisión de su asamblea general resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, **y los grupos de ciudadanos** equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer, **también podrán postular candidatos**. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de un candidato.

Los candidatos no inscritos por partidos o por movimientos políticos deberán otorgar al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura por la cuantía que fije el Consejo Nacional Electoral, la cual no podrá exceder el equivalente al uno por ciento del fondo que se constituya para financiar a los partidos y movimientos en el año correspondiente. Esta garantía se hará efectiva si el candidato o la lista de candidatos no obtiene al menos la votación requerida para tener derecho a la reposición de los gastos de la campaña de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. **Estos candidatos deberán presentar para su inscripción el número de firmas al que se refiere el inciso anterior.**” (Las negrillas no vienen con el original)

De otro lado, el artículo 28 de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011 “*Por la cual se adoptan las reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.*”, alberga prescripciones de contenido normativo similar a las anteriores. Con algunas modificaciones que reclaman mayores espacios democráticos al interior de las organizaciones políticas, la normativa en cuestión reitera que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica pueden inscribir candidatos a todos los cargos de elección popular, salvo para la elección de congresistas para las circunscripciones especiales de minorías étnicas; y precisa que los grupos significativos de ciudadanos también lo pueden hacer previa conformación de un comité promotor integrado por tres (3) ciudadanos, que debe registrarse ante la autoridad electoral competente por lo menos un (1) mes antes del cierre de las inscripciones “y, en todo caso, antes del inicio de la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista...”.

El panorama que surge del ordenamiento jurídico interno revela que en la actividad política existen diferentes actores

y que las organizaciones políticas pueden adoptar variadas formas. Dentro de esas formas asociativas existen los partidos y movimientos políticos que cuentan con personería jurídica, entendida ésta como “...*el reconocimiento oficial de que la Organización política fue fundada, adoptó sus estatutos, obedece a una plataforma ideológica y programática, tiene una lista de afiliados y cuenta con directivos, a partir de lo cual se considera sujeto de derechos y obligaciones,...*”⁹². Dentro de los derechos que confiere la personería jurídica, y para no ir muy lejos, se halla el de inscribir candidatos a cargos de elección popular previo otorgamiento del aval respectivo.

Y, dentro de las organizaciones políticas igualmente se encuentran las formas asociativas que carecen de personería jurídica, que pese a ello pueden inscribir candidatos a cargos de elección popular, ya no otorgando aval pues no están autorizadas para ello, sino acudiendo a instrumentos supletorios como firmas de apoyo o pólizas de seguros que garanticen tanto la seriedad de la postulación como que la organización sí cuenta con un respaldo ciudadano cuantitativamente relevante.

Además, bajo las nuevas reglas que se implementaron con la reforma política adoptada con el Acto Legislativo 01 de 2009, cuyo artículo 2º modificó el artículo 108 Constitucional, la personería jurídica se puede conservar, perder o adquirir si la respectiva organización política conquista o no una “*votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado.*”. Los partidos y movimientos políticos están expuestos a perder la personería jurídica si no obtienen una votación equivalente a ese porcentaje; y, el resto de organizaciones políticas la pueden adquirir si su votación es igual o superior a dicho parámetro.

En todo caso, la existencia de la organización política y su capacidad de inscribir candidatos y conquistar cargos o curules en las corporaciones públicas de elección popular, no se limita ni mucho menos desaparece por el hecho de que se pierda ese atributo, ya que “*La personería jurídica no es un elemento constitutivo del partido o movimiento cuya existencia es, por el contrario, presupuesto indispensable para discernirla.*”⁹³. La existencia de las organizaciones políticas y su capacidad de acceder al poder político por la senda democrática, no dependen del hecho de contar con personería jurídica, ya que si bien se trata de una prerrogativa que en gran medida facilita la postulación de candidatos a cargos de elección popular por medio del otorgamiento de avales por su representante legal, ni la carencia ni la pérdida de ese elemento limitan ese derecho fundamental, como bien lo puso de presente esta corporación al precisar:

92 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 4 de julio de 2013. Expediente: 110010328000201000027-00. Demandante: Jaime Araujo Rentería y otros. Demandado: Consejo Nacional Electoral. M.P. Susana Buitrago Valencia.

93 Corte Constitucional. Sentencia de 3 de marzo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“Tampoco la pérdida de la personería jurídica, es a perpetuidad, pues así mismo se puede obtener con el cumplimiento de los requisitos que para tal efecto consagra la Constitución, lo cual obliga a que el Consejo Nacional Electoral la reconozca; además, como bien lo advierte la demandada el partido no desaparece, solo que por no tener personería jurídica no tiene ciertos beneficios, y además, al tenor del mismo artículo 108 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003, los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también pueden inscribir candidatos, de conformidad con la Ley.”⁹⁴

Ahora, a la luz del principio de la capacidad electoral⁹⁵, que en punto del ejercicio del derecho fundamental de acceso al ejercicio del poder político llama a las autoridades públicas concernidas a hacer interpretaciones estrictas sobre todo aquello que tienda a limitar este derecho, dirá la Sala que la personería jurídica de las organizaciones políticas no puede considerarse como una calidad o requisito de los candidatos del respectivo partido o movimiento político, ni mucho menos como presupuesto de elegibilidad de los mismos, ya que claramente el artículo 177 de la Constitución prescribe que *“Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.”*, a lo cual no puede adicionársele el elemento por el que claman los demandantes, quienes postulan una inaceptable hermenéutica analógica o extensiva.

Para tener derecho a la asignación de curules basta, por supuesto, con que las organizaciones políticas que válidamente han inscrito candidatos a las corporaciones públicas de elección popular, superen en el caso de las cámaras territoriales el umbral del 50% del cuociente electoral, pues a partir de allí el reparto se hace con fundamento en el sistema de cifra repartidora (C.P. Arts. 263 y 263A; modificado y adicionado por los artículos 11 del A.L. 01/09 y 13 del A.L. 01/03 respectivamente). Parámetros que se entienden satisfechos por la elección acusada en virtud a que ninguno de los accionantes formula reparos apoyados en su desconocimiento.

⁹⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia de 6 de noviembre de 2014. Expediente: 110010324000200700130-00. Demandante: Samuel Moreno Díaz. Demandado: Consejo Nacional Electoral. M.P. María Elizabeth García González.

⁹⁵ El artículo 1º del Código Electoral expresa:
“Artículo 1º.- El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:

(...)

4º Principio de la capacidad electoral. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida. (...).”

La Sala, en suma, observa que lo argüido por los accionantes carece de fuerza persuasiva, dado que la pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político no le impide conquistar cargos o corporaciones públicas de elección popular, siempre y cuando cumpla los demás requisitos legales para ello. Prueba de lo anterior, es que el ordenamiento jurídico interno admite que las organizaciones políticas, con personería jurídica o sin ella, pueden válidamente inscribir candidatos para las jornadas democráticas y alzarse con el poder político. Además, una interpretación razonable y lógica de la situación debatida lleva a colegir que si bien la personería jurídica es un atributo de los colectivos que cumplen ciertos estándares normativos, bajo ninguna circunstancia puede tomarse requisito o calidad de los candidatos, ni mucho menos como presupuesto de elegibilidad. Por tanto, el cargo no prospera.

5.2.- Cargo 2º.- Ilegalidad de la elección acusada porque el señor Yahir Fernando Acuña Cardales incurrió en doble militancia política

Los señores Fulgencio Pérez Díaz (201400036) y Eduardo Enrique Pérez Santos (201400039), cuestionan la validez de la elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales, como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018), inscrito por el movimiento *“Cien por ciento por Colombia”*, porque en el período inmediatamente anterior (2010-2014), fue elegido y se desempeñó como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes, por AFROVIDES, con lo cual incurrió en doble militancia política, conducta proscrita por los artículos 107 Constitucional, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2009, y 2º de la Ley 1475 de 2011, que configura la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 8º del CPACA⁹⁶.

La defensa de la legalidad del acto acusado se edifica sobre la negación del supuesto fáctico en que se soporta la acusación, primordialmente en que el señor Acuña Cardales no incurrió en doble militancia política, porque si bien es cierto que fue elegido por AFROVIDES como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes, para el período constitucional 2010-2014, para el período que actualmente transcurre no fue elegido por una organización política diferente, dado que el movimiento político *“Cien por ciento por Colombia”* proviene precisamente de AFROVIDES, gracias a los cambios estatutarios que en detalle se mencionan en la contestación.

La Sala, antes de hacer cualquier valoración del material probatorio recabado en los procesos acumulados, que bajo el principio de la comunidad de la prueba se toman como una unidad procesal, retomará algunas de las reflexiones jurídicas

⁹⁶ Esta norma enseña: “Artículo 275.- Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código, y además, cuando: ... 8.- Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección.”. La parte subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-334 de 4 de junio de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

que sobre esa figura hizo en reciente pronunciamiento la Sección Quinta del Consejo de Estado, y que en lo fundamental enseñan:

“4.1.- Noción de ‘Doble Militancia’

La prohibición de pertenencia simultánea a más de una organización política, es decir, la doble militancia, se introdujo en el sistema político colombiano con el fin de crear un régimen severo de bancadas en el que esté proscrito el transfuguismo político.

La Corte Constitucional definió la doble militancia como una “*limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C.P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular*”.⁹⁷

La doble militancia está dirigida entonces, a quienes son miembros de más de un partido o movimiento político. En este sentido, se reseñará el sentido y alcance de los conceptos de ciudadano, miembro e integrante de un partido o movimiento político dado por la Corte Constitucional en sentencia C-342 de 2006:

i) El **ciudadano** es la persona titular de derechos políticos, y éstos a su vez se traducen, de conformidad con la Constitución, en la facultad de los nacionales para elegir y ser elegidos, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, revocatorias de mandatos, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, promover acciones de inconstitucionalidad en defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y, en fin, desempeñar cargos públicos. En tal sentido, el ciudadano es un elector, es decir, es titular del derecho a ejercer el sufragio, mediante el cual concurre en la conformación de las autoridades representativas del Estado. La calidad de elector no depende, en consecuencia, de la afiliación o no a un determinado partido o movimiento político, lo cual no obsta para que, el ciudadano pueda ser un *simpatizante de un partido político*.

ii) El **miembro de un partido o movimiento político** es aquel ciudadano que, de conformidad con los estatutos de éstos, hace parte formalmente de

la organización política, situación que le permite ser titular de determinados derechos estatutarios, como el de tomar parte en las decisiones internas. A éste, a su vez, se le imponen determinados deberes encaminados a mantener la disciplina de la agrupación. En tal sentido, en términos de ciencia política, el miembro del partido o movimiento político es un **militante**.

iii) El **integrante de un partido o movimiento político que ejerce un cargo de representación popular** es aquel ciudadano, que no sólo es miembro formal de una determinada organización política, que milita activamente en ella, sino que, gracias al aval que recibió de la misma, participó y resultó elegido para ocupar una curul en nombre de aquél. En tal sentido, confluyen en este ciudadano las calidades de miembro de un partido o movimiento político, motivo por el cual debe respetar los estatutos, la disciplina y decisiones adoptadas democráticamente en el seno de aquél, y al mismo tiempo, el carácter de integrante de una Corporación Pública, quien por tal razón, deberá actuar en aquélla como miembro de una bancada, en pro de defender un determinado programa político. De tal suerte que, tratándose de la categoría en la cual el ciudadano puede participar con la mayor intensidad posible en el funcionamiento de los partidos políticos modernos, correlativamente, es en esta calidad de integrante y representante del partido, en donde se exige un mayor compromiso y lealtad con el ideario por el cual fue elegido.

Corolario simple de lo anterior, es que la prohibición constitucional de doble militancia cobija a aquellos que son, al mismo tiempo, miembros de más de un partido o movimiento político. Es decir, a aquellos que se encuentran formalmente inscritos como integrantes de un partido político⁹⁸ o en palabras, más clara (sic): se refiere a personas que militen en forma concurrente en más de una organización política.

4.2.4.1. Bajo la égida de esa nueva norma, la figura de la doble militancia tiene ahora, no tres, sino cinco modalidades, a saber:

i) **Los ciudadanos:** “*En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.*” (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).

ii) **Quienes participen en consultas:** “*Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.*” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política)

97 Sentencia C-490 de 2011.

98 REYES GONZÁLEZ Guillermo Francisco, El régimen de bancadas y la prohibición de la doble militancia. Editorial Konrad-Adenauer- Stiftung, Bogotá, 2006. Pág. 47.

iii) Miembros de una corporación pública: “*Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.*” (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “*Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.*” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

v) Directivos de organizaciones políticas: “*Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.*” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).⁹⁹

Además de las diferentes modalidades en que se puede presentar la doble militancia política, dirá la Sala –como igual lo hizo en ese y muchos fallos más-, que las reformas políticas que se implementaron con la expedición de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, y desde luego con la entrada en vigor de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, apuntaron al saneamiento de ciertas prácticas de atomización política, que más que reflejar ideologías de movimientos serios, cohesionados y con vocación de servicio a la comunidad, eran el producto de intereses particulares que bajo el clientelismo lograban aglutinar un cierto número de ciudadanos que con el sistema del cuociente electoral les aseguraban algunas conquistas políticas.

Así, para conjurar prácticas lesivas para la democracia como ir buscando espacio de tanto en tanto en diferentes partidos o movimientos políticos, y abandonar las huestes de la organización que contribuyó eficazmente con su respaldo a

acceder al poder político, no obstante seguir conservando la representación en los cargos o corporaciones públicas de elección popular, se proscribió la inveterada práctica del transfuguismo con medidas como las arriba listadas.

De vital importancia resultó la prohibición de la doble militancia política, dirigida no solo a los ciudadanos sino primordialmente a los directivos de las organizaciones políticas y, desde luego, a sus militantes con posiciones en cargos o corporaciones públicas provistas por el voto del pueblo. En uno u otro caso la dimisión debe ocurrir con cierta antelación a las jornadas electorales venideras, y lo más importante, la renuncia al partido o movimiento político debe venir acompañada de la dejación de la corporación pública en que se esté para que la falta se supla con una persona de la lista inscrita por la misma colectividad, en orden sucesivo y descendente.

Sólo así se materializa la libertad de asociación del dimitente, quien así como decide libre y voluntariamente integrar una organización política, del mismo modo puede discrecionalmente renunciar a ella cuando así lo resuelva. Igualmente con ello se garantiza el derecho de los militantes del respectivo partido o movimiento político a que su representación la lleve una persona que comparta el mismo ideario y propósitos.

Ahora, para que en el caso puesto a consideración de la Sala se configure la doble militancia política, es menester que se acredite el supuesto consagrado en el artículo 107 inciso 12 de la Constitución, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2009, y en el artículo 2º inciso 2º de la Ley 1475 de 2011, es decir, que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales en las elecciones del 9 de marzo de 2014 se presentó “*por un partido distinto*” al que lo avaló y por el que resultó elegido para el período inmediatamente anterior (2010-2014).

Pues bien, a pesar de estar probado que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue elegido como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes (2010-2014), a la que fue inscrito por la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, y que igualmente fue elegido en dicha Cámara por la circunscripción electoral del departamento de Sucre, período 2014-2018, inscrito por el Movimiento Político “*Cien por ciento por Colombia*”, la Sala observa que para la última elección el demandado no se presentó “*por un partido distinto*”.

El material probatorio recopilado en el expediente prueba los siguientes hechos importantes:

i.-) Que por medio de la Resolución 00246 de 16 de septiembre de 2009, dictada por la Directora para Asuntos de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia, se inscribió como organización de base a la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, cuyo representante legal era el señor Pedro Terán Campo.

⁹⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Expediente: 250002331000201100775-02. Demandante: Manuel Guillermo Suescún Basto. Demandado: Alcalde del Municipio de Soacha. M.P. (E) Alberto Yepes Barreiro.

ii.-) Que el señor Yahir Fernando Acuña Cardales fue admitido y hacía parte de la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, desde el 30 de octubre de 2009, tal como se constata en el Acta No. 003 de la misma fecha, cuando era representante legal de la asociación el señor Pedro Terán Campo.

iii.-) Que el señor Pedro Terán Campo, en calidad de representante legal de la Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud - AFROVIDES, avaló e inscribió la candidatura del señor Yahir Fernando Acuña Cardales, como aspirante a Representante a la Cámara por la circunscripción especial de Afrodescendientes (2010-2014), por la que resultó elegido según Resolución 1795 de 19 de julio de 2010, proferida por el CNE.

iv.-) Que a raíz de la anterior elección, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 108 Constitucional, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2009, el CNE por medio de la Resolución 1854 de 23 de agosto de 2010 le reconoció personería jurídica al Movimiento Político AFROVIDES - LA

ESPERANZA DE UN PUEBLO, gracias a una reforma estatutaria debidamente aprobada, colectividad que se desprendía de la organización de base AFROVIDES.

v.-) Que por conducto de la Resolución 0316 de 3 de mayo de 2011 el CNE registró el cambio de nombre del Movimiento Político, que en lo sucesivo se llamaría Movimiento Político AFROVIDES. Y,

vi.-) Que por medio de la Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013, emanada del CNE, se registró el nombre de la señora Evelyn del Toro Cardales como representante legal del Movimiento Político AFROVIDES, al igual que el cambio de nombre de la organización política, que en lo sucesivo se denominaría Movimiento Político "Cien por ciento por Colombia".

El afirmar que el demandado no se presentó a las elecciones del 9 de marzo de 2014 por un partido distinto se corrobora al analizar cómo se originó el movimiento político "Cien por ciento por Colombia". Veamos:

Folio	Fecha	Documento	Lo que se encuentra acreditado
5 a 8 del Cuaderno Inspección Judicial. Reiterado a folios 32 y 36 del mismo cuaderno	20 de agosto de 2008	Acta de Constitución "Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud -AFROVIDES-"	Se evidencia que "AFROVIDES" nació como una persona jurídica sin ánimo de lucro en el municipio de Tolú (Sucre).
49 del Cuaderno Inspección Judicial	9 de septiembre de 2009	Solicitud de inscripción de "AFROVIDES" en el registro único de comunidades afrodescendientes, raizales y palenqueras.	Por medio de este documento se solicitó al Ministerio del Interior, que de conformidad con el Decreto 3370 de 2008, se registrara la "Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud -AFROVIDES-" como una organización de base de las comunidades Afrodescendientes.
81, 100 y 112 del Cuaderno Inspección Judicial	16 de septiembre de 2009	Resolución N° 246 de 2009	Que el Ministerio del Interior a través de la Resolución N° 246 de 2009 inscribió a la "Asociación de Afrocolombianos para la Vivienda, Deporte, Educación y Salud -AFROVIDES-" en el registro único de consejos comunitarios y organizaciones de las comunidades Afrocolombianas.
77 Cuaderno Inspección judicial	2 de febrero de 2010	Aval lista de candidatos para elecciones del período 2010-2014	Este escrito muestra que la asociación "AFROVIDES" decidió tomar parte en el escenario político, razón por la cual remitió a la Registraduría Nacional del Estado Civil, oficio en el cual relacionó los nombres de tres de sus miembros, que fueron avalados por esa organización para participar como candidatos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes para el período 2010-2014.

Folio	Fecha	Documento	Lo que se encuentra acreditado
94 y 95 Cuaderno Inspección judicial	24 de febrero de 2010	Solicitud de modificación y constancia de aceptación de nuevos candidatos a la Cámara de Representantes Circunscripción Especial de Comunidades Negras	Que el señor Pedro Terán Campo, como representante legal de "AFROVIDES" modificó la lista inicialmente presentada por dicha asociación. El cambio sustancial que se produjo a raíz de dicha variación, fue que se avaló como candidato por la circunscripción especial de Afrodescendientes al señor Yahir Fernando Acuña Cardales.
280 Folio Expediente 2014-23	14 de marzo de 2010	Día de elecciones	Que resultó electo como Representante a la Cámara por las Comunidades Negras el candidato de "AFROVIDES", es decir, el señor Yahir Fernando Acuña Cardales.
278 Expediente 2014-23	19 de julio de 2010	Declaratoria de Elección	Que Yahir Fernando Acuña Cardales fue declarado electo como congresista por la circunscripción especial de Afrodescendientes.
Folio 446 a 448 del Expediente 2014-23	1 de agosto de 2010	Acta de la Asamblea de Constitución del Movimiento Político "AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO"	<p>Que una vez obtenida la curul en el Congreso, los miembros de la asociación de base llamada "AFROVIDES" decidieron <i>"fundar un movimiento político denominado AFROVIDES LA ESPERANZA DE UN PUEBLO"</i>.</p> <p>En efecto, a folio 447 se lee: <i>"los miembros fundadores arriba indicados, manifestamos que en la fecha fundamos un movimiento político denominado <<AFROVIDES- LA ESPERANZA DE UN PUEBLO>>"(mayúsculas y negrillas del original)</i></p> <p>Esto significa que se creó un nuevo movimiento político autodenominado "AFROVIDES- LA ESPERANZA DE UN PUEBLO" con ocasión de la importante victoria electoral.</p>
Folio 445 del Expediente 2014-23	4 de agosto de 2010	Solicitud de reconocimiento de personería	<p>Que el señor Sixto Manuel Mejía, quien entonces fungía como representante legal de "AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO" solicitó al CNE se reconociera personería jurídica como movimiento político: "AFROVIDES- LA ESPERANZA DE UN PUEBLO".</p> <p>Fundó su solicitud en que la asociación AFROVIDES, inscribió lista para aspirar a la cámara de representantes por la circunscripción especial de comunidades negras para las elecciones del 14 de marzo de 2010, fecha en la cual se eligió al señor Yahir Acuña Cardales, hecho que facultaba a la asociación para solicitar el reconocimiento de personería.</p>
125 a 131 Expediente 2014-23	23 de agosto de 2010	Resolución N° 1854 de 2010	De acuerdo a la solicitud elevada, el CNE reconoció personería jurídica como movimiento político a "AFROVIDES- LA ESPERANZA DE UN PUEBLO".

Folio	Fecha	Documento	Lo que se encuentra acreditado
Folio 508 del expediente 2014-23	12 de enero de 2011	Acta N° 2 de 2011 del movimiento político “AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO”.	<p>Que el órgano directivo del movimiento político decidió modificar su nombre, en razón a que frase la “<i>esperanza de un pueblo</i>” estaba siendo utilizada como lema de otras organizaciones lo cual, a su juicio, podría generar confusión.</p> <p>La variación en el nombre eliminó la frase “<i>LA ESPERANZA DE UN PUEBLO</i>”, razón por la cual el movimiento político recientemente constituido únicamente pasó a identificarse con las siglas “<i>AFROVIDES.</i>”</p>
132 a 137 del Expediente 2014-23	3 de mayo de 2011	Resolución N° 0316 de 2011	El CNE registró el cambio de denominación, tal y como quedó aprobado por el movimiento político en el Acta N° 2 de 2011. En consecuencia, dicha organización política pasó de llamarse de “ <i>AFROVIDES-LA ESPERANZA DE UN PUEBLO</i> ” a simplemente utilizar la sigla “ <i>AFROVIDES.</i> ”
138 a 141 expediente 2014-23	19 de octubre de 2013	Acta de AFROVIDES N°002-2013	Con este documento se evidencia que: i) dos de los miembros del movimiento político AFROVIDES presentaron su renuncia, ii) las dimisiones se fundamentaron en que dichas personas querían postularse como congresistas por la cámara de la circunscripción especial de afrodescendientes y creyeron que no podrían hacerlo a través del movimiento político al cual pertenecían, iii) con el objeto de no generar confusión en el electorado se propuso el cambio de nombre del movimiento político, para que aquel pasara de llamarse “ <i>AFROVIDES</i> ” a “ <i>Cien por Cien por Colombia</i> ”. No obstante, no se tomó decisión al respecto y iv) se eligió como presidente del movimiento político a la señora Evelyn del Toro Cardales, persona que avaló la candidatura del hoy demandado.
145 a 153 Expediente 2014-68	10 de noviembre de 2013	Acta de AFROVIDES N° 005-2013	Específicamente, en el folio 150 se evidencia que por unanimidad se aprobó el cambio de nombre del movimiento político “ <i>AFROVIDES</i> ” por el de “ <i>Cien por Cien por Colombia.</i> ”
Fls. 154 a 161 del expediente 2014-23	14 de noviembre de 2013	Resolución N° 3203 de 2013	El cambio de nombre es registrado por la autoridad electoral, razón por la cual válidamente puede afirmarse que el movimiento político “ <i>AFROVIDES</i> ” (antes <i>AFROVIDES - LA ESPERANZA DE UN PUEBLO</i>) cambió su nombre al de Movimiento político “ <i>Cien por Cien por Colombia.</i> ”
46 del expediente 2014-23	9 de diciembre de 2013	Aval a candidatos “ <i>Cien por Cien por Colombia.</i> ”	La señora Evelyn del Toro Cardales, como representante legal del movimiento político, otorga aval al demandado para participar como candidato a la Cámara por Sucre.

Folio	Fecha	Documento	Lo que se encuentra acreditado
44 y 45 Expediente 2014-23	9 de diciembre de 2013	Inscripción de lista de candidatos y aceptación de candidatura para elecciones 2014-2018.	Que el Movimiento político " <i>Ciento por Ciento por Colombia</i> ," por medio de su representante legal inscribió al demandado como candidato para la Cámara de Representantes por Sucre
37 Expediente 2014-23	16 de marzo de 2014	Formulario E-26 CA	Que por medio de dicho acto se declaró electo al señor Yahir Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre para el período 2014-2018.

De lo anterior, se puede colegir sin lugar a dudas que el movimiento político "*Ciento por Ciento por Colombia*": i) tuvo su origen en la organización "*AFROVIDES*" y ii) debe su nombre a la modificación aprobada por los miembros de esta última colectividad la cual, se reitera, fue aceptada por el CNE mediante Resolución N° 3203 de 2013.

Lo anterior quiere decir que la organización de base "*AFROVIDES*", cuya votación en las elecciones de 2010 dio lugar a la creación del movimiento político "*Ciento por Ciento por Colombia*", se mantuvo en su calidad de tal, es decir, como organización de base y coexistió con el movimiento político que de ella se derivó, siendo una y otra agrupaciones distintas e independientes, la primera, bajo la supervisión del Ministerio del Interior y, la segunda, vigilada y controlada por el CNE.

En suma, cuando una organización representativa de las comunidades negras alcanza un escaño en el Congreso de la República, circunstancia que le da el derecho a constituirse como Movimiento Político con personería jurídica, puede ocurrir una de dos cosas: i) que sea la misma organización de base la que se transforme en ese movimiento político o ii) que se cree el Movimiento Político como independiente de la organización de base. Lo segundo fue lo que ocurrió en este caso.

De conformidad con lo expuesto y al caudal probatorio existente, es claro que la causal de nulidad por doble militancia política no se configura en el presente caso.

En efecto, si bien el señor Yahir Fernando Acuña Cardales se inscribió y fue elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período constitucional 2014-2018, por un Movimiento Político distinto al que avaló su inscripción y elección en la misma corporación pero por la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes, período 2010-2014, lo cierto es que no puede perderse de vista que "*Ciento por Ciento por Colombia*" tuvo origen en aquel y,

por tanto, obviamente esta circunstancia no deriva en doble militancia pues el elegido se mantuvo en el movimiento que surgió con ocasión de su pasada elección en la circunscripción de afrodescendientes. El segundo de los cargos analizados tampoco prospera por lo que se negarán las pretensiones de las demandas.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de las demandas acumuladas de Nulidad Electoral promovidas por Melquiades Atencia Gómez (Exp. 201400023-00), Sixto Manuel García Mejía (Exp. 201400024-00), Fulgencio Pérez Díaz (Exp. 201400036-00 y 201400037-00), Eduardo Enrique Pérez Santos (Exp. 201400038-00 y 201400039-00) y la Procuraduría General de la Nación (Exp. 201400044-00), contra la elección de Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre (2014-2018).

SEGUNDO: En firme esta providencia archívese el expediente dejando las anotaciones del caso.

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

Notifíquese.

Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Presidente

Con Aclaración De Voto

Alberto Yepes Barreiro

Con Aclaración De Voto

Carlos Enrique Moreno Rubio

Gabriel De Vega Pinzon

Conjuez

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Requisitos para ser elegido/CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL - Elección de personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Candidata menor de edad no salió electa

La parte actora señala que la inscripción de la lista del Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” para la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá, fue irregular porque la aspirante Mayra Alejandra Viancha Sanabria no cumplía con el requisito de la edad que prevé el artículo 177 de la Constitución Política.

Como primera medida la Sala considera necesario aclarar que en materia de acceso a los cargos a través del voto popular públicos unas son las calidades que deben reunir los candidatos para ser elegidos válidamente y otras son las causales de inhabilidad que los hacen inelegibles.

En efecto, *la inhabilidad* constituye un impedimento para obtener un empleo u oficio, en tanto que el concepto calidad se refiere al *estado* de una persona en particular, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para ejercer un cargo o dignidad.

Dentro de ese contexto, la capacidad de ser elegido —elegibilidad—, es entendida como la situación ideal de quienes reúnen las condiciones constitucionales y legales para acceder, mediante el proceso de elección, a determinadas funciones o cargos públicos.

Tales condiciones positivas o negativas están consagradas en la Constitución y en ley y su interpretación debe hacerse de forma restrictiva y personal, más no extensiva o analógica.

Uno de los requisitos que con mayor frecuencia debe observarse a fin de acceder a determinados cargos públicos, es precisamente aquel relacionado con la edad. No cabe duda de que la consagración de una limitación de naturaleza subjetiva para el ejercicio de determinados cargos basada en la edad se encuentra perfectamente ajustada a la Constitución porque, en últimas, lo que se pretende es garantizar la idoneidad y madurez en el desempeño de las funciones respecto de empleos que involucren altas responsabilidades o envuelvan un componente de representación democrática, como en el caso de los Representantes a la Cámara.

Ahora bien, el artículo 177 constitucional es enfático en señalar que la edad mínima de veinticinco (25) años se requiere a la fecha de la elección. Lo anterior, por obvias razones, supone que el candidato debe contar con dicha edad para el día en que tenga lugar el respectivo certamen electoral, lo que descarta que esta limitante pueda exigirse en algún momento previo a dicha fecha.

En el caso particular, si bien está demostrado que la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria fue inscrita el día 9 de diciembre de 2013 como candidata por el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá y que para esa fecha tenía 22 años y 5 meses, es lo cierto que el requisito de la edad que prevé la Constitución Política es exigible respecto del momento de la elección, la cual en el sub examine no se materializó en relación con la referida candidata, pues como se evidencia en el formulario E-26 CAM que declaró la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá, período 2014-2018, ella no resultó electa.

Para la Sala no cabe duda alguna que la causal de inelegibilidad por falta del requisito de la edad que prevé el artículo 177 constitucional, corresponde a una condición propia y connatural a cada aspirante.

En consecuencia, solo tiene la posibilidad de estructurarse como causal de anulación en los términos del numeral 5 del artículo 275 del CPACA, en aquellos casos en los que el candidato a quien se endilga tal situación haya resultado efectivamente elegido, situación que no se presenta en el caso bajo estudio.

Ahora bien, aunque la inscripción de las listas de candidatos corresponde a una actuación preparatoria o de trámite que no tiene la virtualidad de impedir el certamen electoral, esta Sección en reiteradas oportunidades ha sostenido que los vicios que se aleguen en el trámite del procedimiento electoral como fundamento del acto demandado (incluidos los correspondientes a la inscripción) y que hayan sido expuestos como cargo en la demanda o como soporte del concepto de violación, podrán ser revisados por el juez electoral, siempre que correspondan a un vicio sustancial.

En otras palabras, la inscripción de los candidatos es un acto de trámite que viabiliza la configuración del acto administrativo definitivo que corresponde al que declara la elección. Por tanto, la inscripción no puede ser atacada de forma directa ante esta jurisdicción, lo que no es óbice, para que se expongan las irregularidades que en la misma se presentaron y que puedan afectar la legalidad de elección.

Empero, en el caso concreto, a juicio de la Sala, el hecho de que la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria incumpliese con el requisito de elegibilidad atinente a la edad mínima para ser congresista es completamente irrelevante, pues, se reitera, la candidata no resultó elegida. De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el cargo en cuestión no está llamado a prosperar.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 177

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá/REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Las listas donde se elijan 5 o más

curules para corporaciones de elección popular deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros/CENTRO DEMOCRÁTICO MANO FIRME CORAZÓN GRANDE - La lista de candidatas incluía el nombre de dos mujeres

Según los demandantes, al ser irregular la inscripción de la señora Viancha Sanabria (toda vez que no tenía la edad mínima de 25 años), en la lista solo quedó inscrita válidamente una mujer (la señora Ingrid Marlene Sogamoso).

Que, por ende, la lista del Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” para las elecciones a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá para el periodo 2014-2018 no cumplió con la cuota de género que prevé el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. (...) la Ley 1475 de 2011, en su artículo 28, estableció una obligación respecto de los partidos y movimientos políticos y de los grupos significativos de ciudadanos en el sentido que “... las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta –exceptuando su resultado– deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros”.

Es decir, dicha disposición impone un deber específico en cabeza de los partidos y movimientos políticos, que está encaminado a incrementar el grado de participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración, a la vez que propende por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en el ámbito específico de la participación política.

A su vez evidencia un claro desarrollo del artículo 107 de la Constitución Política que consagra el principio democrático y la equidad de género, como fundamentos de la organización de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, pues como bien lo ha puesto de presente la Corte Constitucional “...los partidos y movimientos políticos deben procurar encarnar una representatividad basada en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y desplegar acciones encaminadas a remover barreras que obstruyan la participación igualitaria y equitativa de unos y otras.

La medida sometida a examen permite a los partidos y movimientos políticos avanzar en el proceso hacia una mejor satisfacción del principio de equidad de género, y a profundizar en una mayor efectividad del principio democrático en su organización y desempeño”.

De igual manera, la norma transcrita también es evolución de los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por Colombia, relacionadas con el logro de la igualdad real y material de la mujer en el desempeño de las funciones públicas. Ahora bien, respecto del cargo en particular, en el caso bajo examen, se tiene lo siguiente:

Que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 176 de la Constitución Política y de conformidad como

lo muestra la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el departamento de Boyacá elige seis (6) Representantes a la Cámara. Entonces, en aplicación del mandato constitucional y legal sobre la cuota de género, resultaba obligatorio incluir en cada lista de candidatas a esa Corporación Pública como mínimo dos mujeres.

Que está demostrado que el grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” el día 9 de diciembre de 2013, mediante el formulario, E-6 CT, efectuó la inscripción de sus candidatos a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá. Dentro del listado figuraban las señoras (...)

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que tanto en el Formulario inicial de inscripción E-6 como en el definitivo E-8 para los aspirantes a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá, la lista de candidatos del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande”, contó con el nombre de dos mujeres y, por tanto, no cabe duda alguno que observó la cuota de género que establece el artículo 28 de la Ley 1575 de 2011.

A diferencia de lo que plantean los demandantes, no es admisible sostener que por el hecho de que la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria no tenía la edad necesaria para resultar electa congresista, tal irregularidad a su vez comprometió el cumplimiento de la referida norma constitucional, pues solo una mujer fue inscrita válidamente.

Como se dejó sentado en el anterior acápite, la inscripción de la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria fue válida porque el requisito de la edad mínima que prevé el artículo 177 constitucional solo es exigible al momento de la elección y, por ende, no comportaba irregularidad alguna respecto del resto de integrantes al momento de la inscripción de la lista en cuestión.

Por consiguiente, de acuerdo con lo expuesto y en la medida en que el presente cargo encuentra sustento en unos reparos que en líneas anteriores ya fueron despachados desfavorablemente, la Sala considera que no está llamado a prosperar.

Fuente formal: Ley 1475 DE 2011 - artículo 28

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá / REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inscripción de listas por un grupo significativo de ciudadanos/CENTRO DEMOCRÁTICO MANO FIRME CORAZÓN GRANDE - Modificación de las listas avaladas con las firmas de los ciudadanos

A juicio de la parte actora, la modificación de la lista en el sentido de inscribir a los reemplazantes de las personas que habían renunciado a ser candidatos por esa colectividad a la Cámara de Representantes por Boyacá, fue irregular, toda vez que no contó con el respaldo necesario de firmas según los

términos de los artículos 9º de la Ley 130 de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 2011.

Es decir, el listado definitivo de inscritos no contó con el respectivo aval ciudadano, a diferencia de lo que sucedió respecto de las personas que en una primera oportunidad si se inscribieron válidamente respaldados por la comunidad. (...) la exigencia a los grupos significativos de ciudadanos que previo a la inscripción de sus listas, le informen a la ciudadanía los nombres de los candidatos que van a postular para que de esta forma se pueda realizar la recolección de firmas que respalden dichas candidaturas, se encuentra ajusta a la Constitución Política.

El artículo 9º de la Ley 130 de 1994, la cual debe interpretarse de forma armónica con las modificaciones de la Ley 1475 de 2011, al regular la inscripción de candidaturas a cargo de elección popular, establece: “Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida, podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno.

La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue. Las asociaciones de todo orden, que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer, también podrán postular candidatos. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de un candidato. (...)”

En consecuencia, al ser tales apoyos ciudadanos uno de los requisitos indispensables para realizar la inscripción de las listas a corporaciones públicas de elección popular por parte de los grupos significativos de ciudadanos ante la autoridad electoral competente, y al estar avalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional la obligación de informarle a los firmantes el nombre de los candidatos que pretenden apoyar, los cuales deben estar incluidos en los respectivos formularios, es de concluir, que tales listas son inmodificables. Ahora bien, comoquiera que la modificación que realizó el grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” a la lista inicialmente inscrita de candidatos a la Cámara de Representante por el departamento de Boyacá no recayó en el señor Ciro Alejandro Ramírez Cortés, quien fue elegido en nombre de tal movimiento ciudadano, pues este se encontraba inscrito desde el inicio, es decir, con el respaldo de los ciudadanos que apoyaron la respectiva lista, es de precisar que tal modificación no tiene la incidencia que afectar la elección demandada. Empero, si el elegido se encontraba dentro de los reemplazados, es decir, sin el respaldo de los ciudadanos que apoyaron la inscripción, tal elección sí podría ser anulable, puesto que el candidato que reemplace al inicialmente apoyado por firmas no tiene vocación de ser elegido ni de ser llamado a suplir la curul ante la falta de este.

En consecuencia, la Sala considera que este cargo no está llama a prosperar con fundamento en las razones expuestas.

Por último, a pesar de que el demandante pone de presente que dentro del fallo de tutela del proceso No. 2014-00037-01, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que era razonable exigir que la modificación de la lista inscrita por Uribe Centro Democrático, luego Centro Democrático, para la Cámara de Representantes de Boyacá estuviera acompañada por las firmas de la mayoría de los ciudadanos que respaldaron la postulación inicial”, es lo cierto que tales afirmaciones constituyen *obiter dicta*, pues en la referida sentencia no se abordó de fondo el asunto, toda vez que se consideró que había operado la figura de la carencia actual de objeto. Entonces, mal podría considerarse como un precedente obligatorio.

Fuente formal: Ley 130 de 1994 artículo 9/Ley 1475 de 2011 - artículo 28

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00028-00

Actor: Partido Liberal Colombiano y otro

Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) (Ley 1437 de 2011), procede la Sala a dictar sentencia de única instancia en el proceso de nulidad electoral adelantado contra los Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá, en los términos del numeral 3º del artículo 182, y el Título VIII de la Parte Segunda del CPACA.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El ciudadano Héctor Olimpo Espinosa Oliver, actuando como representante Legal del Partido Liberal Colombiano y la señora Jenny Fabiola Páez Vargas en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral presentaron demanda contra la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá, periodo 2014-2018, demanda en la que formularon las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare la nulidad del acto declaratorio de elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción electoral del departamento de Boyacá, periodo constitucional 2014-2018, en los comicios que

se realizaron el 9 de marzo del 2014, proferido por la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá, contenido en el Acta de Declaratoria de elección – Formulario E-26 CAM– de fecha 15 de marzo de 2014 y en el Acta General de Escrutinio de fecha 17 de marzo de 2014 que ordenó la expedición de las respectivas credenciales, de los cuales se aporta copia auténtica”.

1.2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, los demandante adujeron:

- Para las elecciones que se adelantaron el 9 de marzo de 2014, el Grupo Significativo de Ciudadanos “Uribe Centro Democrático” - ahora denominado “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande”, inscribió el 9 de diciembre de 2013 una lista de candidatos a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá, que estuvo conformada por las siguientes personas: Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso, Fernando Alexander Serrato Fonseca, Tulio César Bernal Bacca, Ciro Alejandro Ramírez Cortés, Mayra Alejandra Viancha Sanabria y Benigno Hernán Díaz Cárdenas.

- Que la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria nació el 13 de julio de 1991 en el municipio de Sogamoso por lo que a la fecha de la elección no cumplía el requisito de la edad (25 años) que prevé el artículo 177 de la Constitución Política, lo cual ocasionó que su inscripción fuese ilegal.

- Que en la medida en que dicha inscripción fue irregular, es evidente que la lista no cumplió con el requisito de la cuota de género que establece el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, es decir, la inclusión de un mínimo del 30 por ciento de mujeres.

- Los ciudadanos Tulio César Bernal Bacca e Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso renunciaron a sus candidaturas a la Cámara de Representantes, lo cual dejó dos cupos libres respecto de la lista inicialmente inscrita.

- Como consecuencia, el entonces Grupo Significativo de Ciudadanos “Uribe Centro Democrático” modificó la lista inicial e incluyó los nombres de los señores Katherine Rivera Bohórquez y Miguel Antonio Rodríguez Monroy. Sin embargo, no aportaron las firmas necesarias que demostraran el correspondiente apoyo ciudadano respecto de los nuevos inscritos, lo cual, a su juicio, constituye un claro desconocimiento de los artículos 9° de la Ley 130 de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 2011.

- Que, además, debe tenerse en cuenta que la Delegación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en Boyacá aceptó la referida modificación de la lista de candidatos, en cumplimiento de un fallo de tutela de 5 de febrero de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

- Que de acuerdo con lo anterior, el acto mediante el cual se declaró la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá *“está viciado porque la formación y cómputo de votos a favor de la lista del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” es irregular por haber sido inscrita y modificada ilegalmente”.*

1.3. Normas violadas y el concepto de violación

La parte actora citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 177 de la Constitución Política.
- El artículo 9° de la Ley 130 de 1994.
- El artículo 28 de la Ley 1475 de 2000.

Dentro del concepto de la violación, se formularon los siguientes cargos:

Primer cargo

La lista de aspirantes a ser elegidos Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá para el periodo 2014-2018 del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” fue inscrita de forma irregular porque la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria no cumplía con el requisito de edad establecido en el artículo 177 de la Constitución Política.

Que como nació el 13 de julio de 1991 *“a la fecha de inscripción de la candidatura e incluso después del día en que tuvieron lugar las elecciones, la señora Viancha Sanabria tendría menos de 23 años de edad”.* Tal circunstancia, a juicio de los demandantes, generó que la lista fuese *“inelegible”.*

Segundo cargo

Que debido a la anterior irregularidad, es claro que la inscripción de la lista no cumplió con el requisito de la cuota de género que establece el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, es decir, la inclusión de un mínimo del 30 por ciento de mujeres. Que, en otras palabras, ante la inscripción ilegal de la señora Viancha Sanabria (pues no cumplía con la edad de 25 años) debe entenderse que solo una de las mujeres fue inscrita válidamente (Ingrid Marlén Sogamoso), cuando como mínimo debieron postularse dos mujeres dentro de la lista, toda vez que era 6 el número de representantes a la Cámara a elegir por la circunscripción de Boyacá.

Tercer cargo

La modificación de la lista en el sentido de inscribir a los señores Katherine Rivera Bohórquez y Miguel Antonio Rodríguez Monroy como reemplazos de las personas que habían renunciado a ser candidatos por esa colectividad a la Cámara de Representantes por Boyacá (Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso y

Tulio César Bernal Bacca), fue irregular, toda vez que no contó con el respaldo necesario de firmas según los términos de los artículos 9º de la Ley 130 de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 2011. Es decir, los nuevos inscritos no contaron con el respectivo aval ciudadano, a diferencia de lo que sucedió respecto de las personas que en una primera oportunidad si se inscribieron válidamente respaldados por la comunidad.

Según la parte actora, tal modificación también *“desconoció la voluntad y confianza de aquellos ciudadanos que con su firma apoyaron la inscripción de la lista inicial y suplantó la voluntad de los ciudadanos de apoyar exclusivamente la lista inicialmente inscrita”*. Máxime si se tiene en cuenta que la Delegación de la Registraduría Nacional en Boyacá, en un primer momento, se negó a aceptar la referida modificación (toda vez que no se aportaron las firmas necesarias para tal efecto) y solo accedió a hacerlo en cumplimiento de la orden de tutela contenida en la sentencia del 5 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual consideró *“que el Comité Promotor... podía modificar la lista de candidatos y de esta manera inscribir nuevos candidatos sin que mediara la autorización de los ciudadanos que apoyaron la inscripción original”*.

Que sin embargo, el Consejo de Estado, en fallo del 3 de abril del 2015, Exp. 2014-00137-01, si bien declaró la carencia actual de objeto dentro de la tutela de la referencia, manifestó que no estaba de acuerdo con la decisión del a quo y que compartía la negativa de la Registraduría en aceptar la modificación de la lista de candidatos del grupo significativo de ciudadanos “Uribe Centro Democrático”, pues la respectiva solicitud debió acompañarse de las firmas de la mayoría de ciudadanos que respaldaron la postulación inicial.

Que *“...no hacerlo, es decir, permitir que se cambien parcial o totalmente la lista de candidatos inscrita, sin la correspondiente refrendación ciudadana, sería desconocer la voluntad de los potenciales sufragantes, que, al firmar la postulación, respaldaron los candidatos de la lista inscrita”*.

Que como consecuencia de las citadas irregularidades, no podía haberse computado votación alguna en relación con la lista de candidatos del grupo significativo de ciudadanos “Uribe Centro Democrático”.

2. Contestación de la demanda¹

Únicamente el apoderado del Representante a la Cámara Ciro Alejandro Ramírez Cortés contestó la demanda. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no le constaban y que los demás eran apreciaciones subjetivas de los demandantes. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

- Respecto al primer cargo indicó que si bien la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria tiene menos de 25 años, tal requisito

es de carácter subjetivo y, por ende, sus consecuencias jurídicas no pueden trasladarse a los demás candidatos, en especial, cuando quien cometió la irregularidad no resultó elegida.

Sostuvo que la lista inscrita por el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” fue de carácter abierto y no cerrado. Es decir, los votos fueron obtenidos por cada uno de los ciudadanos inscritos y, por tanto, los que obtuvo la candidata Viancha Sanabria —que no resultó elegida—, en el evento de ser excluidos, no tendrían la virtualidad de cambiar el resultado de la elección.

Que, por otro lado, es evidente que el señor Ciro Ramírez Cortés cumplió con todos los requisitos legales y constitucionales y obtuvo los votos necesarios para ser elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, razón por la que no está obligado a soportar los errores de la organización electoral al permitir la inscripción de una candidata que no cumplía con los requisitos constitucionales.

- Sobre el segundo cargo puso de presente que en su condición de candidato confió en que el hecho de que la organización electoral hubiese avalado la correspondiente inscripción de la lista del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” daba garantía de que cumplía con todos los requisitos que prevé la Constitución Política y la ley, en particular, el referente a la cuota de género que consagrada el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

- En relación con el tercer cargo, argumentó que los grupos significativos de ciudadanos que cuenten con el apoyo del número de firmas necesario no solo pueden inscribir sus respectivas listas de candidatos, sino que también tienen la potestad de modificar los inicialmente inscritos, sin necesidad de volver a recoger las respectivas firmas que lo avalen. Que en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011 y el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro de la acción de tutela 2014-00037-00.

Finalmente propuso que se realizara un test de proporcionalidad a fin de determinar qué derecho fundamental debe privilegiarse en el caso concreto: Si el debido proceso por la supuesta inscripción irregular de candidatos o el derecho a ser elegido del doctor Ciro Alejandro Ramírez Cortés. Consideró que para tal efecto debía tenerse en cuenta lo expuesto en la sentencia de la Sección Quinta de 6 de mayo de 2013 dentro del proceso 2011-01057-01.

3. Intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil

El apoderado de esta entidad (fls. 315 a 326), propuso como excepción, la *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*. Adujo que la Registraduría únicamente cumple funciones de revisión de requisitos formales y no tiene injerencia en la realización de escrutinios ni en los resultados de los mismos. Que asimismo carece de competencia para

¹ Folios 265 a 293.

pronunciarse sobre un acto administrativo en firme, como es la declaratoria de elección, cuya solución le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Que tampoco resuelve peticiones de revocatoria de inscripciones de candidaturas o sobre inhabilidades de candidatos, pues tales asuntos son objeto de revisión por parte del Consejo Nacional Electoral.

4. Trámite de única instancia

Mediante providencia del 23 de mayo de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso².

El día 14 de noviembre de 2014 se celebró la audiencia inicial³ en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En esta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se fijó el litigio en los siguientes términos (fl. 418):

“(…) Determinar si la elección de los señores Sandra Liliana Ortiz Nova, Humphrey Roa Sarmiento, Rafael Romero Piñeros, Cristóbal Rodríguez Hernández, Ciro Alejandro Ramírez Cortés y Jairo Enrique Castiblanco Parra como Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá es nula, por cuanto la lista del Centro Democrático fue irregularmente inscrita i) al no cumplir la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria los requisitos de edad establecidos en la Constitución Política; ii) al no cumplirse la cuota de género para la integración de la lista al momento de la inscripción, y iii) al no tener los integrantes de la lista definitivamente inscrita el aval de las firmas del grupo significativo de ciudadanos”.

Asimismo la magistrada conductora del proceso consideró que NO tenía vocación de prosperidad la excepción que propuso la Registraduría Nacional, pues dicha entidad tiene asignadas competencias en lo que respecta al trámite de la etapa pre electoral, en la que, entre otras, tiene lugar la inscripción, aceptación y modificación de las candidaturas.

En esas actuaciones, según los artículos 90 a 98 del Código Electoral, la Registraduría tiene incidencia directa y, en consecuencia, resulta indispensable su vinculación como tercero interesado en el resultado del proceso, ya que de encontrarse fundados los cargos que sustentan la demanda, pueden verse afectados los actos por ella proferidos en desarrollo de sus funciones en la etapa pre electoral, los cuales, valga la pena aclarar, tienen incidencia directa en el acto de elección⁴.

² Folios 216-218.

³ Folios 412 a 423

⁴ Ver entre otras, sentencia de la Sección Quinta de 24 de abril de 2013, Rad. 2011- 00207, M. P. Alberto Yepes Barreiro y más recientemente de 3 de septiembre de 2014, Rad. 2014-00090-00, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

5. Alegatos de conclusión

5.1. La Registraduría Nacional del Estado Civil

Mediante escrito del 10 de abril de 2015 reiteró la solicitud de ser desvinculada del proceso por existir falta de legitimación por pasiva. Se ratificó en todos y cada uno de los argumentos que expuso en la contestación de la demanda (fls. 563 a 572).

5.2. La parte demandada

Mediante memorial del 15 de abril de 2015 (fls. 573 a 593), el apoderado del señor Ciro Alejandro Ramírez Cortés argumentó que en el presente caso es evidente que la parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad de la acción electoral.

Que en efecto, no adelantó la correspondiente “vía administrativa” ante las autoridades electorales en lo que tiene que ver con el acto de inscripción, pues el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011 contempla la posibilidad de su revocatoria.

Reiteró que la eficacia del principio democrático se refleja “... en los votos obtenidos por los candidatos en forma personal, cuando se trata de elecciones populares”, lo cual implica “que cualquier vicio de nulidad, aunque la declaración de la elección se haga en un solo acto y mediante un único proceso electoral, debe estudiarse en forma individual y por separado para cada uno de los elegidos. No puede considerarse que por el hecho de hacerse una inscripción por listas, los vicios de un candidato puedan afectar los derechos fundamentales de los demás postulados”.

Agregó que el grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” participó en las elecciones para la Cámara por el departamento de Boyacá para el periodo 2014-2018 con una lista de carácter abierto, lo que conllevó que cada integrante de la lista obtuviera sus votos de manera individual y preferente.

Que por tal razón, si se presentara un vicio con relación a un candidato será él mismo el que deba soportar las consecuencias jurídicas de tal irregularidad, mas no aquellos no implicados.

Que incluso en el caso concreto, no debe olvidarse que la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria (sobre quien recae la presunta irregularidad) no alcanzó los votos suficientes para ser elegida.

Que aunado a lo anterior y contrario a lo que sostienen los demandantes, la lista de candidatos observó lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, pues inscribió dos mujeres. Que “asunto distinto es que la aspirante y la propia Organización Electoral incurrieran en irregularidades en cuanto a la comprobación de su edad como requisito para la elección, responsabilidad que no puede afectar la elección de su defendido porque se violaría el principio de confianza legítima”.

Asimismo, manifestó que el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 establece las condiciones y requisitos que se deben cumplir para que proceda la modificación de la inscripción de candidatos inclusive hasta el último día previo a la elección en aras de garantizar la participación de los grupos significativos de ciudadanos.

Que aunado a lo anterior, en el caso concreto la modificación a la lista del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande”, fue ordenada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en virtud de una decisión de tutela, frente a la cual no podía negarse la Organización Electoral y en la que no tuvo incidencia alguna el demandado Ramírez Cortés.

5.3. La parte demandante

En escrito allegado el 15 de abril del presente año, el apoderado de la parte demandante, además de reiterar los argumentos de la demanda, explicó que los vicios endilgados a la inscripción de la lista de candidatos a la Cámara de Representantes por Boyacá por el grupo significativo de ciudadanos mencionado, en últimas, se tradujeron en que los votos obtenidos por esa lista fueron computados a fin de establecer el umbral y la cifra repartidora, razón por la cual la elección en su totalidad es nula. (fls. 594 a 596).

6. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado (e) ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda⁵. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

- Que el artículo 177 de la Constitución Política establece los requisitos para ser elegido como Representante a la Cámara, entre los que se cuenta tener más de 25 años **al momento de la elección** y no previamente a esta. Lo anterior significa que los partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos pueden inscribir personas que no tengan 25 años, pero que al momento de la elección ya los hayan cumplido, verificándose así en caso de ser elegido, los requisitos constitucionales que se exigen para acceder a dicho cargo.

-Que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, el acto de inscripción de una candidatura es de trámite o preparatorio de otro que declara una elección popular, razón por la cual, cuando se le achaque una irregularidad al primero, esta debe ser de tal magnitud (sustancial) que tenga la potencialidad de variar el sentido del acto demandado. En el caso concreto, la irregularidad en la inscripción de la candidata Viancha Sanabria por no cumplir con el requisito de la edad, no afecta el acto de elección que recayó sobre un candidato que sí era apto legal y constitucionalmente para ser elegido como Representante a la Cámara por Boyacá.

- Que, además, el acto de inscripción de la referida candidata no es irregular por cuanto el requisito consagrado que prevé el

artículo 177 de la Constitución Política es exigible al momento de la elección y la aspirante no obtuvo los votos necesarios para resultar electa.

Que entonces, no cabe la menor duda de que, en aplicación del principio de la eficacia del voto, la declaratoria de elección de personas diferentes de quien se predicaba la inhabilidad, no puede verse afectada por tal situación, por cuanto las condiciones de elegibilidad son personales e individuales.

- Respecto del segundo cargo aclaró que en el proceso está demostrado que la lista inscrita por el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” siempre contó con el 30% de participación femenina como lo exige el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Esto es, dos mujeres de los seis candidatos: Que en efecto, *“al comienzo [estuvieron] Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso y Mayra Alejandra Viancha Sanabria y ante la renuncia de la primera, la lista se reintegró con la señora Katherinne Rivera Bobórquez”*.

Agregó que al no ser irregular la **inscripción** de la señora Viancha Sanabria porque el requisito del artículo 177 de la C. P. solo se predica a partir del día de la elección, no cabe duda que se cumplió también con el requisito de la cuota de género.

- Con relación al tercer cargo, estimó que tanto el artículo 9º de la Ley 130 de 1994 como el 28 de la Ley 1475 de 2011 diferencian los requisitos para la inscripción de candidatos postulados por los partidos o movimientos políticos de los que provengan de grupos significativos de ciudadanos o movimientos sociales.

Que la Corte Constitucional, al revisar la citada norma de la Ley 1475 de 2011 (sentencia C-490 de 2011), consideró que el requisito previo de recolección de firmas para apoyar a los candidatos de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos garantiza un mínimo respaldo popular y evita la proliferación de agencias políticas con intereses minoritarios.

Que debido a que estas asociaciones no tienen personería jurídica, se vio en la necesidad de dotar al grupo promotor de una potestad de representación y organización, asimilable a la que tienen las directivas de los partidos y movimientos políticos, que, entre otras cosas, conlleva la posibilidad de modificar las listas de candidatos en las precisas circunstancias que prevé la ley.

Que en su opinión, la exigencia de que se vuelvan a recolectar firmas a fin de avalar a los reemplazos de quienes renuncian a la candidatura constituye un requisito desproporcionado que atenta contra los derechos políticos del grupo de ciudadanos y cercena el principio de democracia participativa que rige el Estado Social de Derecho.

Que, aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que ante la eventualidad de una renuncia el respectivo grupos significativos de ciudadanos tendría muy poco tiempo para volver a recolectar las firmas que puedan respaldar a los futuros reemplazantes.

5 Folios 597 a 609.

Que de acuerdo con estas razones y contrario a lo expuesto por el Consejo Nacional Electoral en los conceptos números 02829-13 y 3424 de 17 de octubre de 2013, es lógico entender que el Comité Promotor tiene la facultad de modificar la lista sin necesidad de recolectar nuevas firmas.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA⁶, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia en atención a que la demanda pretende la anulación del formulario E-26 CAM, por medio del cual se declaró la elección de los señores Ciro Alejandro Ramírez Cortés, Sandra Liliana Ortiz Nova, Humphrey Roa Sarmiento, Rafael Romero Piñeros, Cristóbal Rodríguez Hernández y Jairo Enrique Castiblanco Parra como Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá.

2.2. Análisis de los cargos formulados

Corresponde a la Sala, de acuerdo con la fijación del litigio que tuvo lugar en la audiencia inicial⁷, determinar si la elección de los demandados como Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá es nula debido a que la lista del Centro Democrático fue irregularmente inscrita para las elecciones del 9 de marzo de 2014, toda vez que:

- i) La señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria no cumplía con el requisito mínimo de edad de 25 años que prevé la Constitución Política.
- ii) Que tal omisión, a su vez, generó que la lista no observara la cuota de género que establece el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.
- iii) Los integrantes de la lista definitiva no contaban con el aval de las firmas que respaldó inicialmente la inscripción de la candidatura.

2.2.1. Primer cargo

La parte actora señala que la inscripción de la lista del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” para la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá, fue irregular porque la aspirante

Mayra Alejandra Viancha Sanabria no cumplía con el requisito de la edad que prevé el artículo 177 de la Constitución Política.

La referida disposición, a la letra, consagra:

“Artículo 177. Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección”.

Como primera medida la Sala considera necesario aclarar que en materia de acceso a los cargos a través del voto popular públicos unas son las calidades que deben reunir los candidatos para ser elegidos válidamente y otras son las causales de inhabilidad que los hacen inelegibles. En efecto, la inhabilidad constituye un impedimento para obtener un empleo u oficio, en tanto que el concepto calidad se refiere al estado de una persona en particular, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para ejercer un cargo o dignidad⁸.

Dentro de ese contexto, la capacidad de ser elegido—elegibilidad—, es entendida como la situación ideal de quienes reúnen las condiciones constitucionales y legales para acceder, mediante el proceso de elección, a determinadas funciones o cargos públicos. Tales condiciones positivas o negativas están consagradas en la Constitución y en ley y su interpretación debe hacerse de forma restrictiva y personal, más no extensiva o analógica⁹.

Uno de los requisitos que con mayor frecuencia debe observarse a fin de acceder a determinados cargos públicos, es precisamente aquel relacionado con la edad. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades al manifestar que:

“(…) El señalamiento de una edad mínima para desempeñar cierta actividad es con frecuencia requisito de obligatorio cumplimiento cuando se trata de acceder a ella y el solo hecho de exigirla no implica desconocimiento del derecho al ejercicio de la función pública y menos todavía vulneración del derecho al trabajo. El Estado tiene que buscar por distintos medios –uno de los cuales es precisamente este– la aptitud y madurez de las personas para asumir ciertas responsabilidades, en interés de la comunidad.

Y no es que la edad per se otorgue una plena seguridad al respecto, sino que ella, unida a otros requisitos –como el nivel de preparación académica y la experiencia adquirida en el campo de la profesión correspondiente–, otorga un mayor grado de confiabilidad en el titular del empleo en cuestión.

(...)

⁶ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.: El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”. (Subrayas fuera de texto).

⁷ Folios 412 a 423.

⁸ Sentencia Sección Quinta de 11 de marzo de 1999, M. P. Mario Alario Méndez, Exp. 1847.

⁹ Sentencia Sección Quinta de 17 de julio de 1989, M. P. Amado Gutiérrez Velásquez, Exp. 0202-0213.

El Constituyente no ha prohibido al legislador considerar una edad mínima entre las exigencias propias de un determinado destino público y por ello, en el sentir de la Corte, cuando la ley la contempla en calidad de tal lo hace dentro de un margen de discrecionalidad que, en todo caso, no se confunde con la arbitrariedad, y la apelación a ese elemento no implica de suyo discriminación entre las personas –como lo sostiene la actora– ni tampoco exceso en el ejercicio de las atribuciones del Congreso respecto de los derechos ciudadanos¹⁰.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que el establecimiento de una edad mínima para ejercer algún cargo, “(...) se encuadra dentro de la libertad de configuración del legislador, y no vulnera el derecho a la igualdad ni establece discriminación alguna, ya que: **a)** se persigue una finalidad legítima cual es la búsqueda de personal más calificado para desempeñar funciones públicas, **b)** la edad ha sido encontrada por la jurisprudencia de esta Corporación como un medio adecuado para conseguir tal fin y, c. tal medio es razonable y proporcionado¹¹.

De esta forma, no cabe duda de que la consagración de una limitación de naturaleza subjetiva para el ejercicio de determinados cargos basada en la edad se encuentra perfectamente ajustada a la Constitución porque, en últimas, lo que se pretende es garantizar la idoneidad y madurez en el desempeño de las funciones respecto de empleos que involucren altas responsabilidades o envuelvan un componente de representación democrática, como en el caso de los Representantes a la Cámara.

Ahora bien, el artículo 177 constitucional es enfático en señalar que la edad mínima de veinticinco (25) años se requiere a la fecha de la elección. Lo anterior, por obvias razones, supone que el candidato debe contar con dicha edad para el día en que tenga lugar el respectivo certamen electoral, lo que descarta que esta limitante pueda exigirse en algún momento previo a dicha fecha.

Lo anterior resulta aún más evidente si se tiene en cuenta que según la Corte Constitucional, la edad se convierte en un requisito importante al **momento de ejercer** determinadas funciones o tomar ciertas decisiones que involucren a la comunidad, lo que en el caso objeto de estudio empieza por concretarse cuando, en un primer momento, se adquiere la calidad de Representante a la Cámara.

En el caso particular, si bien está demostrado que la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria fue inscrita el día 9 de diciembre de 2013 como candidata por el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” a la Cámara de Representantes por el departamento

de Boyacá¹² y que para esa fecha tenía 22 años y 5 meses¹³, es lo cierto que el requisito de la edad que prevé la Constitución Política es exigible respecto del **momento de la elección**, la cual en el sub examine no se materializó en relación con la referida candidata, pues como se evidencia en el formulario E-26 CAM que declaró la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá¹⁴, período 2014-2018, ella no resultó electa.

Para la Sala no cabe duda alguna que la causal de inelegibilidad por falta del requisito de la edad que prevé el artículo 177 constitucional, corresponde a una condición propia y connatural a cada aspirante¹⁵. En consecuencia, solo tiene la posibilidad de estructurarse como causal de anulación en los términos del numeral 5 del artículo 275 del CPACA, en aquellos casos en los que el candidato a quien se endilga tal situación haya resultado efectivamente elegido, situación que no se presenta en el caso bajo estudio.

Ahora bien, aunque la inscripción de las listas de candidatos corresponde a una actuación preparatoria o de trámite que no tiene la virtualidad de impedir el certamen electoral¹⁶, esta Sección en reiteradas oportunidades¹⁷ ha sostenido que los vicios que se aleguen en el trámite del procedimiento electoral como fundamento del acto demandado (incluidos los correspondientes a la inscripción) y que hayan sido expuestos como cargo en la demanda o como soporte del concepto de violación, podrán ser revisados por el juez electoral, siempre que correspondan a un vicio sustancial.

En otras palabras, la inscripción¹⁸ de los candidatos es un acto de trámite que viabiliza la configuración del acto administrativo definitivo que corresponde al que declara la elección. Por tanto, la inscripción no puede ser atacada de forma directa ante esta jurisdicción, lo que no es óbice, para que se expongan las irregularidades que en la misma se presentaron y que puedan afectar la legalidad de elección¹⁹.

12 Formulario E-6 CT visible a folios 76 y 77.

13 La señora Viancha Sanabria nació el 13 de julio de 1991 como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 95.

14 Folio 52.

15 Se puede advertir que existen requisitos sustanciales y requisitos formales que deben cumplirse para la inscripción de candidatos a elecciones populares para cargos unipersonales o para Corporaciones Públicas. Los primeros corresponden a la verificación de calidades y requisitos de los candidatos, así como la constatación sobre la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, lo cual constituye una carga que debe cumplir el partido, el movimiento político, el grupo social o el grupo significativo de ciudadanos que inscribe.

16 Consejo de Estado, Sección Quinta, Providencia de octubre 7 de 2010, M. P. Dra. María Noemí Hernández Pinzón.

17 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de abril 24 de 2013, M. P. Dr. Alberto Yepes Barreiro (2011-0207)

18 Conforme con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011, frente a los requisitos formales, la autoridad ante la cual se realiza la inscripción de candidatos es la Registraduría Nacional del Estado Civil, encargada de toda la organización logística del proceso electoral, la cual efectúa la verificación de los requisitos formales al momento de la inscripción, y en caso de no materializarse, pone dicha situación en conocimiento del candidato, no pudiendo suscribir el formulario de inscripción hasta que ellos se cumplan.

19 Sobre este punto ver sentencia Sección Quinta de 9 de diciembre de 2013, M. P. Alberto Yepes Barreiro, Exp. 2013-00037.

10 Sentencia C-676 de 1998 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

11 Sentencia C-452 de 2005 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Empero, en el caso concreto, a juicio de la Sala, el hecho de que la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria incumpliese con el requisito de elegibilidad atinente a la edad mínima para ser congresista es completamente irrelevante, pues, se reitera, la candidata no resultó elegida.

La irregularidad que sustenta este cargo se basa en la ausencia de calidades de esa candidata para resultar electa, lo cual corresponde a una circunstancia de carácter particular, que únicamente es predicable de esa persona en concreto, que es a quien se endilga la omisión. Por ende, se reitera, la inobservancia de tal requisito de la edad solo tiene la potencialidad de afectar a ese preciso individuo, valga la pena aclarar, siempre y cuando haya resultado electo.

Así las cosas, la falencia endilgada a la señora Mayra Alejandra Viancha Sanabria —de naturaleza meramente personal—, no está llamada a afectar la inscripción de la totalidad de los candidatos que integraron la lista para la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá a nombre del Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande”.

En este mismo sentido se pronunció esta Corporación en sentencia del 6 de mayo de 2013, Exp. 2010-00044, 2010-00047 y 2010-00048²⁰, al precisar que las irregularidades personales de un candidato no pueden afectar la votación del resto de integrantes de la lista a la cual pertenece. En efecto, en el citado fallo se dijo:

“(…) Se precisa que el mejor derecho que alcanzó el demandante en las urnas, frente a su compañera de lista con voto preferente Victoria Eugenia Vargas Vives, no se podía hacer efectivo al momento de declarar la elección, debido a que la inhabilidad probada durante el trámite administrativo electoral previo a la declaratoria de la elección, lo impedía. Así, el CNE, declaró a la doctora Vargas Vives como Representante a la Cámara por la circunscripción del Atlántico en la lista presentada por el partido Liberal, por ser quien seguía en orden descendente de votos en dicha lista y en cumplimiento de las normas constitucionales vigentes que regulan el sistema electoral colombiano.

Las reformas constitucionales adoptadas por los Actos Legislativos 01 del 3 de julio de 2003 y 01 del 14 de julio de 2009, fortalecieron la actividad política puesto que las curules en las corporaciones públicas de elección popular, son conquistadas por los partidos y movimientos políticos, razonamiento que a su vez permite entender que en situaciones como estas, en donde antes de la declaratoria de la elección se advierte la existencia de una causal de inhabilidad o un

impedimento de orden personal o subjetivo, lleva al CNE a cumplir el mandato constitucional de no declarar la elección de dicho candidato. Pero tal abstención solo opera frente a quien está incurso en la respectiva causal de inhabilidad, es decir, que no afecta a los demás candidatos que integran la lista, de modo que será quien siga en la lista, - en caso de que esta sea sin voto preferente o luego de la reacomodación de la lista si la misma es con voto preferente, la persona que deba proclamarse electa.

(…)”

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el cargo en cuestión no está llamado a prosperar.

2.2.2. Segundo cargo

Según los demandantes, al ser irregular la inscripción de la señora Viancha Sanabria (toda vez que no tenía la edad mínima de 25 años), en la lista solo quedó inscrita válidamente una mujer (la señora Ingrid Marlene Sogamoso). Que, por ende, la lista del grupo significativo de ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” para las elecciones a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá para el periodo 2014-2018 no cumplió con la cuota de género que prevé el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

Sobre el particular, esta Sala precisa que la Constitución Política impone en su artículo 40 a las autoridades la obligación de garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios del Estado. Ese mandato vino a ser desarrollado por el legislador en la Ley 581 del año 2000, que impuso como obligación para la conformación de las ternas y listas para proveer cargos públicos, la inclusión de un mínimo de porcentaje o número de mujeres. La citada normatividad de carácter estatutario, tuvo revisión previa de la Corte Constitucional²¹, y en tal pronunciamiento se señaló que la inclusión de una mujer aplicaría de forma irrestricta cuando esta se tratara de un solo cargo²² o de una Corporación.

Todas las disposiciones que conforman la citada ley tienden a garantizar una adecuada y efectiva participación de la mujer en todas las ramas del poder público y demás órganos de la administración y promover dicha participación en las diferentes instancias de decisión de la sociedad civil, para eliminar la discriminación existente en perjuicio de las mujeres.

²¹ Sentencia C-371 de 2000

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia de 7 de diciembre de 2006. Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00961-01(4136) y 25000-23-24-000-2005-00968-01. Actor: Carlos Alberto Ramírez Donoso y otro. Demandado: Alcaldes Locales de Bogotá D. C. Al efecto en la sentencia mencionada se dijo: “el artículo 5° del Acto Legislativo 02 de 2002, al prescribir que “...En cada una de las localidades habrá una junta administradora elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años...” (Negrillas de la Sala)”.

²⁰ M. P. Susana Buitrago Valencia.

Es decir que el legislador reconoció la existencia de esa discriminación y se propuso establecer unos mecanismos a través de los cuales las autoridades, instituidas para cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, hicieran efectivo el mandato de los artículos 13, 40 *in fine* y 43 de la Constitución Política y de las demás normas que hacen bloque de constitucionalidad, *stricto sensu*, en materia de protección de la mujer, de no someterla a ninguna clase de discriminación, otorgarle los mismos derechos y oportunidades de los hombres y garantizar su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de los asuntos públicos.

Posteriormente las reformas Constitucionales del 2003 y 2009, realizaron una transformación con el fin de garantizar la efectividad de principios constitucionalmente relevantes, entre ellos, precisamente, la igualdad de género. Por ello, concretamente el artículo 1º del Acto Legislativo 1 del 2009²³ incorporó como principio rector de la organización democrática de los partidos y movimientos políticos la equidad de género.

Aunado a lo anterior y en desarrollo de dicho postulado, Ley 1475 de 2011, en su artículo 28, estableció una obligación respecto de los partidos y movimientos políticos y de los grupos significativos de ciudadanos en el sentido que “...las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta -exceptuando su resultado- deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros”. En efecto, la citada norma, a la letra consagra:

“Artículo 28. Inscripción de candidatos. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. Las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta -exceptuando su resultado- deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros (...).”

Es decir, dicha disposición impone un deber específico en cabeza de los partidos y movimientos políticos, que está encaminado a incrementar el grado de participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración, a la vez que propende por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en el ámbito específico de la participación política.

A su vez evidencia un claro desarrollo del artículo 107 de la Constitución Política que consagra el principio democrático y la equidad de género, como fundamentos de la organización

de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, pues como bien lo ha puesto de presente la Corte Constitucional “...los partidos y movimientos políticos deben procurar encarnar una representatividad basada en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y desplegar acciones encaminadas a remover barreras que obstruyan la participación igualitaria y equitativa de unos y otras. La medida sometida a examen permite a los partidos y movimientos políticos avanzar en el proceso hacia una mejor satisfacción del principio de equidad de género, y a profundizar en una mayor efectividad del principio democrático en su organización y desempeño”.²⁴

De igual manera, la norma transcrita también es evolución de los artículos 13, 40, 43 y 107 de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por Colombia²⁵, relacionadas con el logro de la igualdad real y material de la mujer en el desempeño de las funciones públicas²⁶.

Incluso, según la sentencia C-490 de 2011 de la Corte Constitucional, tal consagración no implica un desconocimiento de la autonomía e independencia de los partidos o movimientos políticos (tampoco de los grupos significativos de ciudadanos), toda vez que “...la concepción constitucional de la autonomía de los partidos y movimientos políticos fue sustancialmente modificada con las reformas introducidas por los actos legislativos 1º de 2003 y 1º de 2009. La eliminación de la prohibición impuesta al legislador para intervenir en su organización interna, redujo sustancialmente el nivel de autonomía y discrecionalidad con que venían actuando dichas organizaciones. Esta nueva posición del legislador frente a los partidos y movimientos políticos, le permitió establecer algunos condicionamientos como la prohibición de la doble militancia, la limitación del número de listas, así como la sujeción de su organización a una serie de principios, entre ellos, la equidad de género” (Subrayado fuera de texto original).

Ahora bien, respecto del cargo en particular, en el caso bajo examen, se tiene lo siguiente:

²⁴ Sentencia C-490 de 2011.

²⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; Convenios de la OIT sobre igualdad en la remuneración, 1951; sobre la discriminación, 1958, Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, 1952; Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos, 1966; Convención Americana para los derechos humanos; Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1984.

²⁶ Sobre este punto específico la Sentencia C-490 de 2011 dijo: “En este orden de ideas, observa la Corte que el establecimiento de una cuota de participación femenina del 30% para la conformación de algunas de las listas, no afecta los contenidos básicos del principio de autonomía, pues los partidos mantienen un amplio ámbito de discrecionalidad en esa labor, toda vez que, aún dentro de este porcentaje, pueden elegir los ciudadanos y ciudadanas que mejor los representen, la cuota vinculante se limita al 30%, y está referida únicamente a aquellas listas de las cuales se elijan cinco o más curules. Paralelamente, dicha limitación se encuentra plenamente justificada por las altas posibilidades que entraña de mejorar la participación política de las mujeres, sin que elimine ni reduzca desproporcionadamente la participación masculina, asegurando así una conformación más igualitaria de las listas para las corporaciones públicas de elección popular”.

²³ Acto legislativo 1 de 2009 (julio 14), “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”, D. O. No. 47.410 (julio 14/09).

- Que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 176 de la Constitución Política y de conformidad como lo muestra la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil²⁷, el departamento de Boyacá elige seis (6) Representantes a la Cámara. Entonces, en aplicación del mandato constitucional y legal sobre la cuota de género, resultaba obligatorio incluir en cada lista de candidatos a esa Corporación Pública como mínimo dos mujeres.

- Que está demostrado que el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” el día 9 de diciembre de 2013, mediante el formulario, E-6 CT, efectuó la inscripción de sus candidatos a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá. Dentro del listado figuraban las señoras Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.048.848.191 y Mayra Alejandra Viancha Sanabria, con cédula 1.049.628.911 (fls. 76, 77 y 437). Es decir, se dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

- Que también se demostró que dentro de los plazos que prevé la Ley 1475 de 2011, ante la renuncia de los candidatos Tulio César Bernal Bacca e Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso, se modificó el listado inicialmente presentado, lo cual figura en el Formulario E-7 CT (fls. 82, 83, 438 y 439).

- Que debido a lo anterior, la lista se recompuso y quedó finalmente integrada por los señores Katherinne Rivera Bohórquez con C.C. 1049.615.560, Fernando Alexánder Serrato Fonseca con C.C. 79.988.544, Ciro Alejandro Ramírez Cortés con C.C. 81.720.287, Mayra Alejandra Viancha Sanabria con C.C. 1049.628.911 y Benigno Hernán Díaz Cárdenas con C.C. 6.767.568, tal como se comprueba en el Formulario E-8 de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 440).

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que tanto en el Formulario inicial de inscripción E-6 como en el definitivo E-8 para los aspirantes a la Cámara de Representantes por el departamento de Boyacá, la lista de candidatos del Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande”, contó con el nombre de dos mujeres y, por tanto, no cabe duda alguno que observó la cuota de género que establece el artículo 28 de la Ley 1575 de 2011.

A diferencia de lo que plantean los demandantes, no es admisible sostener que por el hecho de que la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria no tenía la edad necesaria para resultar electa congresista, tal irregularidad a su vez comprometió el cumplimiento de la referida norma constitucional, pues solo una mujer fue inscrita válidamente.

Como se dejó sentado en el anterior acápite, la inscripción de la candidata Mayra Alejandra Viancha Sanabria fue válida porque el requisito de la edad mínima que prevé el artículo 177 constitucional solo es exigible al momento de la elección y, por ende, no comportaba irregularidad alguna respecto del

resto de integrantes al momento de la inscripción de la lista en cuestión.

Por consiguiente, de acuerdo con lo expuesto y en la medida en que el presente cargo encuentra sustento en unos reparos que en líneas anteriores ya fueron despachados desfavorablemente, la Sala considera que no está llamado a prosperar.

2.2.3. Tercer cargo

A juicio de la parte actora, la modificación de la lista en el sentido de inscribir a los reemplazantes de las personas que habían renunciado a ser candidatos por esa colectividad a la Cámara de Representantes por Boyacá (Ingrid Marlén Sogamoso Alfonso y Tulio César Bernal Bacca), fue irregular, toda vez que no contó con el respaldo necesario de firmas según los términos de los artículos 9º de la Ley 130 de 1994 y 28 de la Ley 1475 de 2011. Es decir, el listado definitivo de inscritos no contó con el respectivo aval ciudadano, a diferencia de lo que sucedió respecto de las personas que en una primera oportunidad si se inscribieron válidamente respaldados por la comunidad.

Sobre la inscripción de candidatos postulados por Grupos Significativos de Ciudadanos el inciso cuarto del artículo 28 de la Ley 1475 establece:

“(..)

Los candidatos de los grupos significativos de ciudadanos serán inscritos por un comité integrado por tres (3) ciudadanos, el cual deberá registrarse ante la correspondiente autoridad electoral cuando menos un (1) mes antes de la fecha de cierre de la respectiva inscripción y, en todo caso, antes del inicio de la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista. Los nombres de los integrantes del Comité, así como la de los candidatos que postulen, deberán figurar en el formulario de recolección de las firmas de apoyo.

“(..)” **(negritas fuera de texto)**.

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de este aparte de la disposición afirmó:

“97. (...)”

Es preciso aclarar que se trata de unos requisitos exigibles a los grupos significativos de ciudadanos que no hubieren obtenido la personería jurídica en los términos establecidos en el artículo 108 C. P. De acuerdo con esta norma superior los grupos significativos de ciudadanos podrán obtener la personería jurídica con votación no inferior al 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado, y la perderán,

27 www.registraduria.gov.co/Elecciones-de-Congreso-y-2879-.html

si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas corporaciones públicas, exceptuando de esta regla el régimen especial aplicable a las minoría étnicas y políticas. En el evento de que hubiesen obtenido la personería jurídica en los términos previstos en el precepto superior mencionado, la inscripción de candidatos a corporaciones públicas y a cargos uninominales de elección popular por parte de estas agrupaciones, se regiría por los requisitos previstos para los movimientos políticos con personería jurídica reconocida, toda vez que este reconocimiento está precedido de la acreditación de un importante respaldo popular; y de otra parte, el representante legal cumpliría la función que se asigna al comité inscriptor.

Hecha esta aclaración, encuentra la Corte que los requisitos establecidos por la norma **para la inscripción de candidatos y listas respaldados por un grupo significativo de ciudadanos que no cuenten con personería jurídica, no se aprecian como desproporcionados o irrazonables**, comoquiera que están orientados a cumplir dos propósitos plausibles: de un lado, **a revestir de seriedad** la inscripción de listas y candidatos apoyados por estos grupos, de manera que se genere confianza a los electores; y de otro, **a reemplazar el aval** y el presupuesto de representatividad establecido como requisito para los partidos y movimientos políticos que cuenten con personería jurídica y por ende con representante legal.

El requisito previo de recolección de firmas de apoyo para la inscripción de candidatos por parte de los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos **se orienta a garantizar que los nombres y las listas postulados a la contienda electoral cuenten con un mínimo de respaldo popular**, y tiende a hacer efectivo el propósito del constituyente de evitar la proliferación de inscripciones provenientes de agencias de intereses minoritarios. En este sentido, se ajusta al propósito general que ha caracterizado las últimas reformas en materia de participación política de fortalecer los partidos y movimientos políticos popularmente respaldados. **El requisito de formalizar la inscripción mediante un comité**, se orienta a suplir la ausencia de personería jurídica, estableciendo por esta vía un mecanismo de representación del movimiento ciudadano. **La exigencia de publicidad derivada de la inclusión de las fotos de los miembros del comité y de los candidatos en el formulario de recolección de firmas, constituye así mismo una garantía de transparencia que facilita la decisión del elector y le suministra confianza.**

Estos requisitos adicionales, establecidos por el

legislador estatutario para el proceso de inscripción de candidatos por parte de grupos significativos de ciudadanos que no cuentan con personería jurídica reconocida, cumplen finalidades legítimas en el marco del derecho a la participación política, como es la de rodear de seriedad y transparencia la postulación, propiciar decisiones informadas en el elector, sin que de otra parte constituyan exigencias excesivas o desproporcionadas que obstaculicen el ejercicio de los derechos políticos. En consecuencia, el procedimiento establecido para la inscripción de candidatos por parte de grupos de ciudadanos significativos, será declarado **exequible**" (Subrayas y negrillas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, es claro que la exigencia a los grupos significativos de ciudadanos que previo a la inscripción de sus listas, le informen a la ciudadanía los nombres de los candidatos que van a postular para que de esta forma se pueda realizar la recolección de firmas que respalden dichas candidaturas, se encuentra ajusta a la Constitución Política.

El artículo 9º de la Ley 130 de 1994, la cual debe interpretarse de forma armónica con las modificaciones de la Ley 1475 de 2011, al regular la inscripción de candidaturas a cargo de elección popular, establece:

"Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida, podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno.

La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Las asociaciones de todo orden, que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos equivalentes al menos al veinte por ciento del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer, también podrán postular candidatos. En ningún caso se exigirán más de cincuenta mil firmas para permitir la inscripción de un candidato. (...)" (Negrillas fuera de texto).

En consecuencia, al ser tales apoyos ciudadanos uno de los requisitos indispensables para realizar la inscripción de las listas a corporaciones públicas de elección popular por parte de los grupos significativos de ciudadanos ante la autoridad electoral competente, y al estar avalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional la obligación de informarle a los firmantes el nombre de los candidatos que pretenden apoyar, los cuales deben estar incluidos en los respectivos formularios, es de concluir, que tales listas son inmodificables.

Ahora bien, comoquiera que la modificación que realizó el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” a la lista inicialmente inscrita de candidatos a la Cámara de Representante por el departamento de Boyacá no recayó en el señor **Ciro Alejandro Ramírez Cortés**, quien fue elegido en nombre de tal movimiento ciudadano, pues este se encontraba inscrito desde el inicio, es decir, con el respaldo de los ciudadanos que apoyaron la respectiva lista, es de precisar que tal modificación no tiene la incidencia que afectar la elección demandada.

Empero, si el elegido se encontraba dentro de los reemplazados, es decir, sin el respaldo de los ciudadanos que apoyaron la inscripción, tal elección sí podría ser anulable, puesto que el candidato que reemplace al inicialmente apoyado por firmas no tiene vocación de ser elegido ni de ser llamado a suplir la curul ante la falta de este.

En consecuencia, la Sala considera que este cargo no está llama a prosperar con fundamento en las razones expuestas.

Por último, a pesar de que el demandante pone de presente que dentro del fallo de tutela del proceso No. 2014-00037-01, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que era razonable exigir que la modificación de la lista inscrita por Uribe Centro Democrático, luego Centro Democrático, para la Cámara de Representantes de Boyacá estuviera acompañada por las firmas de la mayoría de los ciudadanos que respaldaron la postulación inicial”, es lo cierto que tales afirmaciones constituyen *obiter dicta*, pues en la referida sentencia no se abordó de fondo el asunto, toda vez que se consideró que había operado la figura de la carencia actual de objeto. Entonces, mal

podría considerarse como un precedente obligatorio.

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

FALLA:

Primero: **Negar** las pretensiones de las demandas acumuladas.

Segundo: **Notificar** a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

Tercero: **Archivar** el expediente una vez quede en firme el fallo.

Cuarto: **Advertir** que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Con Aclaración de Voto

Augusto Hernandez Becerra

Conjuez

Aclaración de Voto del Doctor Alberto Yepes Barreiro

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Representantes a la Cámara por el departamento de Boyacá/CENTRO DEMOCRÁTICO MANO FIRME CORAZÓN GRANDE - Modificación de las listas avaladas con las firmas de los ciudadanos / INSCRIPCIÓN DE LISTAS – La modificación de la inscripción solo es predicable de los partidos y movimientos políticos

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar que, si bien comparto el sentido del fallo adoptado dentro del proceso de la referencia, esto es, negar las pretensiones de la demanda, mi convicción para suscribir la decisión en el vocativo de la referencia, tiene fundamentos distintos a los que quedaron plasmados en la ponencia aprobada.

En efecto, el hecho de que la elección no hubiese recaído en ninguno de los nombres que fueron objeto de modificación, es decir, que no fueron incluidos en la lista original, no es, ni puede ser motivo válido que justifique el desconocimiento de la ley que exige a los grupos significativos de ciudadanos respaldar con firmas la inscripción de sus candidatos, como se da a entender en el fallo. Para el suscrito, el verdadero motivo que imponía negar las pretensiones de la demanda es que, solo a partir de esta decisión de la Sección, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo definió el entendimiento y alcance de los artículos 28 y 31 de la Ley 1475 de 2011, en concordancia con el artículo 9° de la Ley 130 de 2004, en lo que a grupos significativos de ciudadanos respecta.

Por tanto, la ausencia de una interpretación judicial en esta materia, llevó al Centro Democrático a creer válidamente que le era permitido modificar la inscripción, cuando dicha atribución solo es predicable de los partidos y movimientos políticos y no de los grupos significativos de ciudadanos, toda vez que aquella potestad, por sus condiciones, solo es atribuible a la naturaleza jurídica de estos últimos.

En efecto, para la fecha de la elección impugnada y hasta la expedición de la sentencia dictada en el vocativo de la referencia, no existía claridad ni certeza sobre si la posibilidad excepcional de modificar las listas de candidatos inscritos también era predicable de los grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional al llevar a cabo el control previo de constitucionalidad de la Ley 1475 de 2011, no abordó el estudio de este aspecto, limitándose a señalar la exequibilidad integral de ella por respetar los presupuestos necesarios para salvaguardar los derechos del elector; de la colectividad política postulante y el interés del Estado de evitar traumatismos en los procesos electorales.

Esto dio lugar a que, en la práctica, concurrieran las interpretaciones sobre la posibilidad o no de que

estos grupos pudieran modificar las listas, como quedó de manifiesto en el caso *sub judice* con los pronunciamientos de las diferentes autoridades que conceptuaron de forma disímil sobre la mencionada facultad.

En este sentido, no existía –hasta hoy– una posición jurídica unívoca que permitiera a los demandados tener seguridad sobre la conducta que les era exigible. Por tanto, su entendimiento estaba amparado por el principio de buena fe que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, elevado a rango constitucional por el artículo 83 de la Constitución Política como una de las manifestaciones de la dignidad humana, como lo explicaré posteriormente.

En consecuencia, en estos casos, se impone el reconocimiento de las decisiones judiciales como fuente formal de Derecho, en atención a que los textos normativos, por lo general, no tienen un sentido único o evidente dada la ambigüedad propia del lenguaje en que se expresan y los derechos, intereses y valores en tensión que les subyacen, siendo necesaria su interpretación por las autoridades judiciales competentes para efectos de traducir sus enunciados en reglas que permitan su aplicación a casos concretos, teniendo en cuenta que, como lo ha dicho la Corte Constitucional: “esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas Cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”.

PRECEDENTE JUDICIAL - Carácter vinculante y obligatorio/PRECEDENTE JUDICIAL – No toda providencia lo constituye/DOCTRINA CONSTITUCIONAL - Tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República

Creo importante referirme al carácter vinculante y obligatorio que, en nuestro ordenamiento, tienen ciertas decisiones proferidas por los jueces y el alcance del denominado precedente judicial, pues creo que existe cierto consenso en que no toda providencia puede ser tenida como un precedente ni que todas las decisiones judiciales tienen el mismo carácter vinculante.

Empezaré esta disertación con las providencias que profiere la Corte Constitucional, pues desde la sentencia C-085 de 1995, se señaló que las decisiones del intérprete autorizado de la Constitución son un criterio vinculante de la labor judicial.

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto generaba lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucional o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, esas decisiones pasan a formar parte de las fuentes formales del derecho y por ende vinculan a todos los jueces.

En consecuencia, en tratándose de la doctrina constitucional, solo basta un pronunciamiento de esa Corporación para que sea vinculante y obligatoria la decisión. En donde, valga decirlo, constituye doctrina constitucional la parte de la sentencia que fija el alcance de la norma constitucional o del derecho fundamental correspondiente, es decir, la llamada *ratio decidendi*.

Los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina cuando los supuestos del caso sometido a su conocimiento difieran del que resolvió la Corte, razón que hace inaplicable la *ratio decidendi* de la sentencia, hecho que tendrá que argumentar el respectivo funcionario.

Es importante, es este punto, traer a colación lo que la Sección Quinta en un pronunciamiento de tutela, señaló sobre el carácter vinculante de las decisiones judiciales, para referirse específicamente a la noción de precedente. En dicha decisión se indicó que el precedente debe ser entendido como regla o subregla de derecho que se crea por el juez para resolver el caso sometido a su decisión, el cual no depende de las veces que esa regla o subregla se aplique. Noción está que no se refiere únicamente a las reglas y subreglas del juez constitucional sino a las que creen los tribunales de las otras jurisdicciones –ordinaria y administrativa–, cuando en su función de intérpretes y jueces de unificación debe determinar el sentido del texto legal, pues como ya se indicó estos, por lo general, carecen de un único sentido, obvio o evidente.

En consecuencia, se indicó que las Altas Cortes, entiéndase Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, también generan precedente, cuando generan reglas o subreglas, es decir, cuando no se limitan a aplicar llana y simplemente la ley, sino cuando hay una actividad creadora. En ese mismo sentido, se señaló que no todos los jueces tienen la capacidad de generar precedente, pues la potestad creadora de reglas y subreglas solo puede estar reconocida a los tribunales de cierre.

En otros términos, el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces

de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.

Lo expuesto hasta este punto, explica lo acontecido en el caso que tuvo que resolver la Sala, en donde unas normas por su formulación abierta, admitían varias fórmulas de solución, lo que generó que los demandados creyeran estar amparados por la exégesis que dio origen a uno de los cargos de la demanda de nulidad de la referencia.

Ante tal circunstancia, la Sección Quinta, al ser el máximo intérprete y órganos de cierre en materia electoral, al resolver la demanda de la referencia, estaba llamada a fijar la regla para solucionar el problema jurídico planteado.

Es decir, debía crear un precedente, para asegurar la coherencia y predictibilidad de las decisiones judiciales en garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Manifestaciones frente a las decisiones judiciales

Según lo expuesto, es claro que la Sección fijó un precedente. Sin embargo, en ese contexto, surge una pregunta ¿al fijar la Sección la regla según la cual los grupos significativos de ciudadanos no pueden modificar la inscripción de los candidatos, era posible afectar la posición jurídica de quienes actuaron bajo el convencimiento de estar amparados por la disposición jurídica que fue objeto de pronunciamiento? La respuesta a este interrogante encuentra una respuesta en el principio de buena fe. Veamos: I) Mediante el mencionado principio, se protege la expectativa legítima del ciudadano a la estabilidad de las actuaciones de los jueces ante los cambios del precedente o de la jurisprudencia como lo ha reconocido esta Sala en protección de una de sus manifestaciones concretas, cual es la confianza legítima, y, II) Igualmente, aquel debe tener aplicación, en casos como el que analizó la Sala, ante la fijación de una regla por parte del órgano de cierre, cuando la formulación abstracta de la ley pueda dar lugar a distintas interpretaciones.

En este caso, ha de entenderse que se protege otra de las dimensiones de la buena fe, cual es el error de hecho de sus destinatarios excusable en razón de un entendimiento equivocado pero razonable de aquella, noción esta que no puede confundirse con el error de derecho por desconocimiento de la ley que no está amparado por el principio en comento.

El razonamiento que hace el ciudadano de la norma puede estar fundado en pronunciamientos de algunas de las autoridades administrativas o judiciales encargadas de su ejecución y aplicación, o simplemente, se repite, en un raciocinio que no resulta ilógico, hipótesis estas que distan del denominado error común.

En estos eventos, al ciudadano se le debe amparar esa convicción de estar obrando conforme a derecho, o en otras palabras,

que su actuación se subsumía en el supuesto de hecho de la norma jurídica, razón por la cual no puede ser destinatario de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de la regla creada por el órgano de cierre, supuesto este que era el que ha debido tenerse en cuenta en el vocativo de la referencia para negar la nulidad de la elección demandada.

Por tanto, cuando el órgano jurisdiccional de cierre sienta un precedente que pone fin a la ambigüedad de una disposición legal que se ha visto reflejada en distintas interpretaciones, también debe tomar medidas de adaptación o ajuste, de modo que no sorprenda a quienes resultarían afectados por la regla creada, precisamente a partir del caso sometido a decisión, pero que antes de ella, actuaron bajo la convicción válida de estar haciéndolo conforme a la ley.

Así las cosas, considero que la trascendencia del fallo de la referencia radica en el hecho en que ella se fija una regla clara sobre el carácter inmodificable de las listas de candidatos inscritas por los grupos significativos de ciudadanos, regla que, a partir de su ejecutoria, tiene efectos vinculantes para todos los órganos del Estado, pero cuya aplicación solo debería darse en aquellos casos que se llegaran a presentar con posterioridad a su fijación, es decir, a las modificaciones que se llegaran a hacer después de la decisión de la Sección.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar que, si bien comparto el sentido del fallo adoptado dentro del proceso de la referencia, esto es, negar las pretensiones de la demanda, mi convicción para suscribir la decisión en el vocativo de la referencia, tiene fundamentos distintos a los que quedaron plasmados en la ponencia aprobada.

En efecto, el hecho de que la elección no hubiese recaído en ninguno de los nombres que fueron objeto de modificación, es decir, que no fueron incluidos en la lista original, no es, ni puede ser motivo válido que justifique el desconocimiento de la ley que exige a los grupos significativos de ciudadanos respaldar con firmas la inscripción de sus candidatos, como se da a entender en el fallo.

Para el suscrito, el verdadero motivo que imponía negar las pretensiones de la demanda es que, solo a partir de esta decisión de la Sección, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo definió el entendimiento y alcance de los artículos 28 y 31 de la Ley 1475 de 2011, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 130 de 2004, en lo que a grupos significativos de ciudadanos respecta.

Por tanto, la ausencia de una interpretación judicial en esta materia, llevó al Centro Democrático a creer válidamente que le era permitido modificar la inscripción, cuando dicha atribución solo es predicable de los partidos y movimientos políticos y no de los grupos significativos de ciudadanos, toda vez que aquella potestad, por sus condiciones, solo es atribuible a la naturaleza jurídica de estos últimos.

En efecto, para la fecha de la elección impugnada y hasta la expedición de la sentencia dictada en el vocativo de la referencia, no existía claridad ni certeza sobre si la posibilidad excepcional de modificar las listas de candidatos inscritos también era predicable de los grupos significativos de ciudadanos y movimientos sociales.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional al llevar a cabo el control previo de constitucionalidad de la Ley 1475 de 2011, no abordó el estudio de este aspecto, limitándose a señalar la exequibilidad integral de ella por respetar los presupuestos necesarios para salvaguardar los derechos del elector; de la colectividad política postulante y el interés del Estado de evitar traumatismos en los procesos electorales.

Esto dio lugar a que, en la práctica, concurrieran las interpretaciones sobre sobre la posibilidad o no de que estos grupos pudieran modificar las listas, como quedó de manifiesto en el caso *sub judice* con los pronunciamientos de las diferentes autoridades que conceptuaron de forma disímil sobre la mencionada facultad.

En este sentido, no existía -hasta hoy- una posición jurídica unívoca que permitiera a los demandados tener seguridad sobre la conducta que les era exigible. Por tanto, su entendimiento estaba amparado por el principio de buena fe que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, elevado a rango constitucional por el artículo 83 de la Constitución Política como una de las manifestaciones de la dignidad humana, como lo explicaré posteriormente.

En consecuencia, en estos casos, se impone el reconocimiento de las decisiones judiciales como fuente formal de Derecho, en atención a que los textos normativos, por lo general, no tienen un sentido único o evidente dada la ambigüedad propia del lenguaje en que se expresan y los derechos, intereses y valores en tensión que les subyacen, siendo necesaria su interpretación por las autoridades judiciales competentes para efectos de traducir sus enunciados en reglas que permitan su aplicación a casos concretos, teniendo en cuenta que, como lo ha dicho la Corte Constitucional: “*esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas Cortes de justicia, adquiere carácter vinculante*”¹.

Debo en este punto, reiterar mi criterio² sobre dos aspectos que son trascendentales cuando se analiza el papel que juegan las decisiones judiciales en nuestro ordenamiento, **el primero**, referido a la insuficiencia de la ley y **el segundo** al carácter vinculante de estas cuando provienen de las Altas Cortes.

1 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634 de 2011.

2 Cfr., Aclaración de voto a la sentencia Radicación número: AP 170013331003201000205-01. Accionante: Javier Elías Arias Idarraga. Accionado: Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. ESP CHEC. Referencia: Revisión eventual. Acción Popular. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

1. La insuficiencia de la ley y la necesidad de ubicar otro centro de imputación jurídica

Se impone señalar que el estudio de las fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico debe ser diverso a como lo fue en los siglos pasados, toda vez que debemos abandonar la idea decimonónica según la cual la ley como fuente por antonomasia en nuestro sistema, es el centro de imputación jurídica.

La ley como expresión del poder soberano, ha perdido sus condiciones de generalidad, impersonalidad y abstracción que los revolucionarios franceses identificaron como base y fundamento de su ideario, pues aquella, supuestamente para distinguirla de las normas dictadas por el antiguo régimen, eran producidas por el órgano de representación popular sin sujeción a una determinada condición de la persona o grupo al que aquella se dirigía.

Esas pretensiones de generalidad, impersonalidad y abstracción se han ido perdiendo en la medida en que las condiciones materiales de la sociedad han ido cambiando y cada vez, en ejercicio del principio democrático, se dictan disposiciones para determinados grupos, según sus condiciones y necesidades, lo que ha generado una superproducción normativa caracterizada por la diversidad y la dispersión que, a su vez, genera serios problemas de aplicación que maximizan la importancia de la función judicial.

La sociedad actual está compuesta por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”, lo cual ha determinado la denominada hiperinflación normativa, o pulverización del derecho legislativo, generándose con ello una explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad³.

Esta pérdida de las características clásicas de la ley obedece sin duda, a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, bien como una aplicación del principio de igualdad que exige el modelo de Estado Social de Derecho en el que el Constituyente de 1991 adscribió al Estado colombiano y, hay que decirlo, también como consecuencia de la presión que sobre el legislador ejercen los intereses corporativos. Hecho que, sin lugar a dudas, erosiona el fin supremo de la seguridad jurídica del hombre común y obviamente del operador jurídico, quien se ve enfrentado a un sinnúmero de normas contradictorias y vigentes, en donde el dilema de cuál aplicar siempre estará presente.

La creciente vitalidad de tales grupos determina, además, situaciones sociales en rápida transformación que requieren normas jurídicas ocasionales o ad hoc adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades, lo que

genera una crisis no solo de la característica de la generalidad de la ley sino también de su abstracción⁴.

Igualmente resulta inocuo y reprochable negar que el acto de creación del derecho legislado sea el producto de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales en conflicto, lo que conlleva al fenómeno de la negociación, la conciliación de intereses particulares, o a la llamada “contractualización” de los contenidos de la ley.

En ese orden de ideas, aquella no es ya ese acuerdo de voluntades, es simple y llanamente un mero juego de las relaciones de fuerza, y en este contexto la norma no es ese factor de unificación del sistema jurídico, sino un instrumento causal del desorden jurídico, que intenta a lo sumo poner remedio a un conflicto específico de manera ex post factum⁵.

El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce dialécticamente y de manera irrefutable a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en la ley, la cual es manifestación e instrumento de enfrentamientos y competencia entre los diversos grupos e intereses en juego y, por ende, ella no pone fin al conflicto lo mantiene.

Por tanto, aquella no puede ser catalogada como un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, sino un acto personalizado que persigue unos determinados intereses particulares.

En ese contexto, la ley no es garantía absoluta de unificación del derecho, sino que se convierte, la mayoría de las veces, en instrumento y causa de inestabilidad del sistema jurídico y la sociedad. Cuando las leyes actúan como medidas de apoyo a un sujeto social definido y están determinadas por las cambiantes relaciones de fuerza más que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a esos acuerdos particulares que impulsan la legislación.

Protección que necesariamente estará a cargo del juez cuando la controversia resultante de esos diversos intereses llegue a su conocimiento, de ahí que su función será la creación de una nueva norma que permita la resolución del conflicto y que por tanto debe hacer parte del “ordenamiento jurídico” que aquel tendrá que aplicar para no desconocer entre otros el principio de igualdad en que se fundamenta hoy nuestro Estado Social de Derecho, una igualdad que no se concibe única y exclusivamente desde el tratamiento que ofrece el legislador sino todo el sistema jurídico que incluye, huelga repetirlo, las decisiones de los funcionarios judiciales.

En otros términos, la ley, fuente por excelencia de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro tiene una tradición romano-germánica, no es hoy un factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos, no es el único

³ Tomo para explicar la crisis de la teoría clásica de la ley, estudiada como principal fuente de derecho por sus características de generalidad, abstracción e impersonalidad, el desarrollo teórico expuesto en Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid. 1995. Capítulo 2.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo. Pág. 37.

y por tanto es necesario identificar otro centro de imputación en el ordenamiento jurídico que permita de manera efectiva, clara y veraz garantizar a la sociedad su convivencia pacífica.

En ese sentido, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho responde a la necesidad de encontrar o reconocer un centro de imputación jurídica diverso a la ley, pues ya no será esta sino la Constitución y el reconocimiento que en ella se hace de una serie de derechos, los llamados a ocupar el lugar que los revolucionarios le concedieron a la ley soberana.

Ese desplazamiento de la ley frente a la supremacía de la Constitución y el papel preponderante que en ella tienen los derechos fundamentales, los principios y los valores en ella contemplados, permite afirmar que los jueces ya no pueden ser definidos como lo hacía Montesquieu "... la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moldear su fuerza ni su rigor"⁶.

No. El juez en este nuevo estado de cosas debe privilegiar la preeminencia de esos derechos y, en consecuencia, moldear la fuerza y rigor de la norma aplicable al caso, creando una nueva, compatible con las características y la realidad puesta a su conocimiento. Por tanto, **el juez también crea derecho**.

En consecuencia, el actuar del juez debe buscar la realización de esos derechos, principios y valores constitucionales fundamentales, razón por la que el artículo 230 de la Constitución requiere una interpretación diversa, en la medida en que los jueces en el marco de un Estado Social de Derecho como el que nos rige están sometidos al imperio de aquella y a su efectiva materialización, lo que implica que aquel siempre estará en la obligación de interpretar la norma que, para el caso concreto, pueda tener aplicación a fin de garantizar la materialización de esos derechos.

En esa medida, el juez siempre debe buscar aquella interpretación que mejor realice aquellos presupuestos en los que hoy se erige el Estado colombiano. Por tanto, pese a la claridad que pueda ofrecer un determinado supuesto normativo, el funcionario judicial siempre ha de indagar si efectivamente él permite la materialización de los derechos fundamentales y de la Constitución misma, porque de no ser así, estará obligado a su inaplicación o a su adecuación para lograr la idea de supremacía y prevalencia del ordenamiento constitucional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado que:

"Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida

a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico"⁷.

En consecuencia, no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo el juez tiene la capacidad de creación normativa, pues el primer paso que este debe agotar en su labor, es determinar si el supuesto normativo que ha de aplicar al caso concreto, efectivamente puede hacer realizable los fundamentos constitucionales, en ese orden de ideas, siempre que aplica o dice el derecho está haciendo un ejercicio de creación.

En ese contexto, como lo señalaba Hans Kelsen "... la aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho"⁸.

Es importante que se admita, sin distingos, que cuando el juez o el operador jurídico, como suele llamarse ahora a este funcionario, aplica una norma a un caso concreto está de suyo generando otra norma, que muchos tienden a llamar "regla" o "subregla" para tratar de darle un carácter diferente y no confundirla con aquella que produce el legislador pero que, en suma, integra el ordenamiento jurídico que aquel está obligado a tener en cuenta al momento de resolver un caso concreto, pues el juez está llamado a actualizar la norma y hacer realizable al caso concreto los presupuestos constitucionales en que se funda hoy el Estado colombiano.

El carácter normativo y vinculante de la Constitución impone este razonamiento y, en consecuencia, el hecho según el cual aquel crea derecho y que por ende, este hace parte del sistema de fuentes del derecho.

En ese sentido, considero que la capacidad creadora de derecho por parte de quien ejerce la jurisdicción no solo se produce en aquellos casos en donde la ley es oscura o no exista un supuesto normativo que aplicar, pues se impone reconocer que la ley hoy no es el centro de imputación jurídica como lo entendieron los revolucionarios franceses, amen que, por regla general, toda norma jurídica es fuente de otra, cuya jerarquía dependerá de una serie de circunstancias, entre ellas, la naturaleza del órgano que la genere, pero de todas maneras fuente de derecho.

Sobre el particular es importante recordar lo que señalaba un filósofo argentino, Carlos Cossio, en el sentido según el cual se concibe más fácil un sistema jurídico sin legislador que sin

⁶ Citado por Prieto Sanchis, Luis. Introducción al Derecho-coordinador. Ediciones de la Universidad de la Mancha-Cuenca. 1996. Pág. 25.

⁷ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente, doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Universidad Autónoma de México, págs. 244 y 245.

jueces, en la medida en que sin una aplicación de la norma jurídica el derecho deja de ser lo que es¹.

El anterior razonamiento impone, como lo anticipó el juez constitucional² una lectura diferente del artículo 230 de la Constitución, pues es claro que el juez en el ejercicio de su labor no puede quedarse simplemente en lo que señale la ley, entendida en su sentido formal, pues siempre debe determinar su alcance, hacer una actualización de la misma al contexto social en que se va a aplicar, lo que lo llevará a generar un supuesto normativo que pasará a integrar o hacer parte del sistema jurídico y que tendrá que ser considerado cuando el mismo juez u otro deba resolver un caso con características similares, máxime cuando esa regla o subregla provenga del tribunal de cierre, como sucede en este caso, en donde la Sección Quinta tiene esa naturaleza.

Argumentación que va más allá de la simple afirmación según la cual el ejercicio de la jurisdicción impone únicamente el sometimiento al imperio de la ley, pues, como lo ha venido reconociendo la Corte Constitucional de tiempo atrás, el concepto de “imperio de la ley” a que hace referencia el artículo 230 constitucional incluye todo el ordenamiento jurídico y no simplemente a la ley en sentido formal, en donde la decisión judicial entra a jugar un papel preponderante.³

En este punto específico la Corte Constitucional ha resaltado que:

“(i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior– y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos;

(ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución;

(iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento;

(iv) que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales;

(v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial;

(vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben

respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores;

(vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales;

(viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial;

(ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso;

(x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y

(xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto”.⁴

Se insiste, como lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008⁵, que una interpretación armónica de la Constitución exige, para entender el verdadero alcance del artículo 230 de la Constitución, abandonar la concepción decimonónica sobre la labor del juez y la desconfianza que este generaba en los revolucionarios franceses, para reinterpretar el papel de la jurisprudencia y su carácter vinculante, con lo cual se harán realizables los principios y los derechos fundamentales, base del ordenamiento constitucional, en especial, el de igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

2. El carácter vinculante de las decisiones judiciales: algunas diferencias que deben ser tenidas en cuenta

Creo importante referirme al carácter vinculante y obligatorio que, en nuestro ordenamiento, tienen ciertas decisiones proferidas por los jueces y el alcance del denominado precedente judicial, pues creo que existe cierto consenso en

1 Cfr. Carlos Cossio. La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936., citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1995.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 y C-816 de 2011, entre otras.

3 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-131 y C-480 de 1993, C-083 de 1995 y C-836 de 2001.

4 Cfr. Sentencia C-539 de 2011 y C-836 de 2001.

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. M. P. Humberto Sierra Porto.

que no toda providencia puede ser tenida como un precedente ni que todas las decisiones judiciales tienen el mismo carácter vinculante.

Empezaré esta disertación con las providencias que profiere la Corte Constitucional, pues desde la sentencia C-085 de 1995⁶, se señaló que las decisiones del intérprete autorizado de la Constitución son un criterio vinculante de la labor judicial.

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto generaba lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

En ese sentido, desde las primeras sentencias de la Corte se reconoció que:

“ si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquella en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”.⁷ (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

Se lee en la sentencia C-539 de 2011:

“... la Corte es la encargada de fijar la interpretación auténtica de los preceptos constitucionales, de manera que tienen un aspecto subjetivo, relativo al caso concreto, y objetivo, que implica consecuencias generales en cuanto determina el precedente judicial a ser aplicado en casos similares o análogos.

De otra parte, la Corte ha insistido en que sus sentencias de amparo tienen una proyección doctrinal vinculante, en cuanto se trata de interpretar la Constitución misma, lo cual debe tener un efecto multiplicador aplicable a los casos similares o análogos, por cuanto de lo contrario se desvirtuaría su verdadera esencia y se convertiría tan solo en otra instancia de una jurisdicción”⁸.

Interpretación auténtica a la que los jueces de ninguna jerarquía pueden escapar bajo el argumento de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucional o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, esas decisiones pasan a formar parte de las fuentes formales del derecho y por ende vinculan a todos los jueces. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional al señalar que:

“... si bien la parte resolutive de los fallos de revisión obligan tan solo a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto concreto revisado y que en cuanto fija el contenido y alcance de los preceptos constitucionales, hace parte del concepto de “imperio de la ley” a la cual están sujetos los jueces y las autoridades públicas de conformidad con el artículo 230 Superior”⁹.

En consecuencia, en tratándose de la doctrina constitucional, solo basta un pronunciamiento de esa Corporación para que sea vinculante y obligatoria la decisión. En donde, valga decirlo, constituye doctrina constitucional la parte de la sentencia que fija el alcance de la norma constitucional o del derecho fundamental correspondiente, es decir, la llamada *ratio decidendi*. En la sentencia C-036 de 1996 se indicó que todas las expresiones de la parte motiva que tengan “una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive” tienen fuerza vinculante.

Los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina cuando los supuestos del caso sometido a su conocimiento difieran del que resolvió la Corte, razón que hace inaplicable la *ratio decidendi* de la sentencia, hecho que tendrá que argumentar el respectivo funcionario.

Es importante, es este punto, traer a colación lo que la Sección Quinta en un pronunciamiento de tutela, señaló sobre el

6 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz.

7 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1995.

8 Ibídem.

9 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011 y C-251 de 2001.

carácter vinculante de las decisiones judiciales, para referirse específicamente a la noción de precedente¹⁰.

En dicha decisión se indicó que el precedente debe ser entendido como **regla o subregla de derecho** que se crea por el juez para resolver el caso sometido a su decisión, el cual no depende de las veces que esa regla o subregla se aplique.

Se indicó en esa oportunidad,

“... el precedente lo constituye la ratio de la decisión, entendida como aquella regla o subregla que permite definir o resolver al juez el asunto sometido a su discernimiento, es la razón que ella contiene o define la argumentación jurídica del asunto”.

Noción está que no se refiere únicamente a las reglas y subreglas del juez constitucional sino a las que creen los tribunales de las otras jurisdicciones –ordinaria y administrativa–, cuando en su función de intérpretes y jueces de unificación debe determinar el sentido del texto legal, pues como ya se indicó estos, por lo general, carecen de un único sentido, obvio o evidente¹¹.

En consecuencia, se indicó que las Altas Cortes, entiéndase Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, también generan precedente, cuando generan reglas o subreglas, es decir, cuando no se limitan a aplicar llana y simplemente la ley, sino cuando hay una actividad creadora.

En ese mismo sentido, se señaló que no todos los jueces tienen la capacidad de generar precedente, pues la potestad creadora de reglas y subreglas solo puede estar reconocida a los tribunales de cierre.

“... ha de entenderse que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria^{12”}.

“En ese sentido, si bien los jueces de inferior jerarquía al ejercer su función deben hacer interpretaciones que hagan compatible su decisión con los valores, principios y derechos que consagra la Constitución en razón del carácter normativo y vinculante de esta, ello no significa que estos, como sí sucede con los Altos Tribunales, tengan la facultad para crear

interpretaciones vinculantes –subreglas– que tengan la vocación de integrar el orden jurídico junto a la ley –en sentido formal–, es decir, normas en sentido material que, por tanto, generen el deber de garantizar su aplicación uniforme a efectos de preservar el principio de igualdad, garantizar la certeza –fin del derecho– y la seguridad jurídica, que permitan, por demás, mantener la coherencia en el ordenamiento”¹³.

En otros términos, **el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante**, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.

La razón, su función de tribunal de cierre y unificación, pues estos están llamados a brindar coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

Lo expuesto hasta este punto, explica lo acontecido en el caso que tuvo que resolver la Sala, en donde unas normas por su formulación abierta, admitían varias fórmulas de solución, lo que generó que los demandados creyeran estar amparados por la exégesis que dio origen a uno de los cargos de la demanda de nulidad de la referencia.

Ante tal circunstancia, la Sección Quinta, al ser el máximo intérprete y órganos de cierre en materia electoral, al resolver la demanda de la referencia, estaba llamada a fijar **la regla** para solucionar el problema jurídico planteado. Es decir, **debía crear un precedente**, para asegurar la coherencia y predictibilidad de las decisiones judiciales en garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

3. El principio de buena fe: manifestaciones frente a las decisiones judiciales

Según lo expuesto, es claro que la Sección fijó un precedente. Sin embargo, en ese contexto, surge una pregunta ¿al fijar la Sección la regla según la cual los grupos significativos de ciudadanos no pueden modificar la inscripción de los candidatos, era posible afectar la posición jurídica de quienes actuaron bajo el convencimiento de estar amparados por la disposición jurídica que fue objeto de pronunciamiento?

10 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02690-01. Accionante: Joséfín Flórez Peña. Accionados: Tribunal Administrativo del Huila y Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Neiva.

11 Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-631 de 2012. En este fallo expresamente se indica que: “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas Cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”.

13 *Ibidem*.

La respuesta a este interrogante encuentra una respuesta en el principio de buena fe. Veamos:

- i) Mediante el mencionado principio, se protege la expectativa legítima del ciudadano a la estabilidad de las actuaciones de los jueces ante los cambios del precedente o de la jurisprudencia como lo ha reconocido esta Sala en protección de una de sus manifestaciones concretas, cual es la confianza legítima¹⁴, y,
- ii) Igualmente, aquel debe tener aplicación, en casos como el que analizó la Sala, ante la fijación de una regla por parte del órgano de cierre, cuando la formulación abstracta de la ley pueda dar lugar a distintas interpretaciones.

En este caso, ha de entenderse que se protege otra de las dimensiones de la buena fe, cual es el error de hecho de sus destinatarios excusable en razón de un entendimiento equivocado pero razonable de aquella, noción esta que no puede confundirse con el error de derecho por desconocimiento de la ley que no está amparado por el principio en comento.

El razonamiento que hace el ciudadano de la norma puede estar fundado en pronunciamientos de algunas de las autoridades administrativas o judiciales encargadas de su ejecución y aplicación, o simplemente, se repite, en un raciocinio que no resulta ilógico, hipótesis estas que distan del denominado error común.

En estos eventos, al ciudadano se le debe amparar esa convicción de estar obrando conforme a derecho, o en otras palabras, que su actuación se subsumía en el supuesto de hecho de la norma jurídica, razón por la cual no puede ser destinatario de las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de la regla creada por el órgano de cierre, supuesto este que era el que ha debido tenerse en cuenta en el vocativo de la referencia para negar la nulidad de la elección demandada.

Por tanto, cuando el órgano jurisdiccional de cierre sienta un precedente que pone fin a la ambigüedad de una disposición legal que se ha visto reflejada en distintas interpretaciones, también debe tomar medidas de adaptación o ajuste, de modo que no sorprenda a quienes resultarían afectados por la regla creada, precisamente a partir del caso sometido a decisión, pero que antes de ella, actuaron bajo la convicción válida de estar haciéndolo conforme a la ley.

Así las cosas, considero que la trascendencia del fallo de la referencia radica en el hecho en que ella se fija una regla clara sobre el carácter inmodificable de las listas de candidatos inscritas por los grupos significativos de ciudadanos, regla que, a partir de su ejecutoria, tiene efectos **vinculantes para todos los órganos del Estado**, pero cuya aplicación solo debería darse en aquellos casos que se llegaran a presentar con posterioridad a su fijación, es decir, a las modificaciones que se llegaran a hacer después de la decisión de la Sección.

En estos términos, dejo sentada mi postura sobre el particular,

Fecha ut supra,

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 25 de marzo de 2015. Exp. 11001-03-28-000-2014-00034-00.

**PARTIDOS POLÍTICOS - Recuento histórico/
MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Recuento
normativo/PARTIDOS Y MOVIMIENTOS
POLÍTICOS - Definición**

Los partidos políticos en el sentido moderno de la palabra, como lo explica Maurice Duverger, datan apenas de hace un siglo. En 1850 en ningún país del mundo existían partidos políticos como los conocemos hoy (excepto en Estados Unidos), y su desarrollo parece ligado al de la democracia, es decir a la extensión del sufragio popular y de las prerrogativas parlamentarias. La noción de partido político ha ido variando cronológicamente en la medida que han ido cambiando los enfoques de la ciencia política, y aunque “toda aproximación conceptual adolecerá siempre, al igual que una teoría global sobre su origen, de una radical insuficiencia, que no es posible elaborar definiciones de los partidos políticos válidas para todo tiempo y lugar” hay algunas nociones de partido, como son:

- a) organizaciones que tienen como objetivo ejercer el poder en el seno de un Estado o un ente políticamente autónomo,
- b) agrupaciones de personas que tienen creencias, valores y actitudes similares,
- c) si pueden hacerlo, intentarán participar en los procesos electorales que se celebren, y d) utilizan medios legítimos para lograr sus objetivos.

En la Constitución Política de 1991 se garantiza la participación democrática a todos los ciudadanos con diferentes instrumentos, entre los que se encuentra la facultad de organizarse en partidos políticos.

El artículo 40 de la Carta consagra como fundamental el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que incluye específicamente la posibilidad de constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna.

Asimismo el artículo 107 de la Carta garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse, frente a lo cual la Corte Constitucional ha considerado es una manifestación activa del estatus de ciudadano.

En la Ley 130 de 1994 se definen los partidos y los movimientos políticos, como instituciones que reflejan el pluralismo político. Igualmente la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos consagra normas sobre su organización y funcionamiento, en el que se establece un margen de libertad y autonomía que solo se encuentra limitado por los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y que no contraríen la Constitución, la ley, las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, y las propias decisiones de sus autoridades internas. La Ley 1475 de 2011, Estatutaria de los Partidos Políticos, señala los requisitos mínimos para su organización y funcionamiento,

entre los que se destacan, el respeto de los principios señalados en los estatutos, la prohibición de la doble militancia, la obligación del registro ante la organización electoral, el contenido mínimo de los estatutos, entre otras particularidades.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 107 / Ley 130 de 1994/Ley 1475 de 2011

**PARTIDOS POLÍTICOS - Organización y estructura/
PARTIDOS POLÍTICOS - Dirección y
organización/PARTIDOS POLÍTICOS -
Principios rectores / PARTIDOS POLÍTICOS -
Prohibiciones**

En cuanto a los conceptos de organización y estructura de los partidos políticos, la doctrina ha señalado que la estructura es un sistema estable, coordinado y relativamente permanente de la organización.

Asimismo, determinar la estructura de los partidos políticos es una labor sencilla cuando existen estatutos en donde se establecen las posiciones y funciones de sus miembros, –como en nuestro país, en donde para obtener la personería jurídica como partido político se requiere presentar los estatutos, en los cuales deben incluir sus autoridades, órganos de Gobierno y administración–.

Sobre la dirección de los partidos se dice que las estructuras del poder en su interior, son el resultado de creencias por un lado y necesidades prácticas por otro, por lo que presentan un doble carácter: democrático y oligárquico, aunque oficialmente sus dirigentes son elegidos democráticamente por sus miembros y provistos de un mandato breve.

En cuanto a la dirección y organización de los partidos, la Constitución Política establece en el artículo 107, que estos se organizarán democráticamente (Reforma Política de 2003) y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos (Reforma Política de 2009), además desde 2003 se prohibió a los ciudadanos en general la pertenencia simultánea a más de un partido o movimiento político –doble militancia–.

En el Acto legislativo 01 de 2009 (Reforma Política de 2009) se incluyó además, la responsabilidad de los partidos políticos frente a (i) las violaciones o contravenciones de las normas de su organización, funcionamiento o financiación, y (ii) avalar candidatos, elegidos en cargos o corporaciones públicas de elección popular que resultaren condenados en el ejercicio del cargo por delitos relacionados con vinculación de grupos armados ilegales, narcotráfico o los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

La Ley 1475 de 2011, Estatutaria de los Partidos Políticos, señala los requisitos mínimos para su organización y funcionamiento, entre los que se destacan, el respeto de los principios señalados

en los estatutos, la prohibición de la doble militancia, la obligación del registro ante la organización electoral, el contenido mínimo de los estatutos, entre otras particularidades.

Específicamente, sobre la dirección y organización de los partidos políticos, la Ley 1475 de 2011, establece en el artículo 4º, que los estatutos de los partidos - que deben ser presentados para el otorgamiento de su personería jurídica-, tienen que contener indefectiblemente, entre otros asuntos:

(i) un régimen de pertenencia al partido o movimiento político en el que se señalen reglas de afiliación y retiro, así como los derechos, deberes y prohibiciones de sus miembros;

(ii) autoridades, órganos de dirección, Gobierno y administración, y reglas para su designación y remoción;

(iii) Deberes de los directivos, entre ellos el de propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas;

(iv) Mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas por los órganos de dirección, Gobierno, administración y control, así como por las respectivas bancadas;

(v) Postulación, selección e inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular mediante mecanismos democráticos teniendo en cuenta el deber de garantizar la equidad de género.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 107/Acto legislativo 01 de 2009/Ley 1475 de 2011

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Regulación. Evolución normativa/DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Jurisprudencia

En el ordenamiento jurídico colombiano la doble militancia surgió con la Reforma Política del Acto Legislativo 01 de 2003, que tenía como finalidad el fortalecimiento de los partidos políticos. Basándose en ese diagnóstico, el proyecto de Acto Legislativo propuso fórmulas para solucionar esos defectos del sistema, entre los cuales se destacaban, además de la prohibición de la doble militancia de los ciudadanos en general, requisitos más exigentes para la creación de partidos, inclusión de la figura del umbral electoral, limitación del derecho de postulación, con la definición del máximo de candidatos o listas de cada partido o movimiento, y la posibilidad para el legislador de imponer requisitos para la inscripción de candidaturas o listas. (...) sobre el fundamento de la prohibición, instituida para los ciudadanos en general, como una medida más para el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos y como no se precisó una consecuencia concreta frente a quien incurriera en dicha prohibición, ni para los ciudadanos, ni para los que resultaren elegidos con el aval de un partido político, la posición reiterada de esta corporación sobre las consecuencias de la doble militancia, en vigencia del Acto Legislativo 01 de

2003 fue que no constituía por sí sola inhabilidad para acceder a cargos públicos, y por ende no podía derivarse nulidad electoral ni pérdida de investidura.

Posteriormente, con el Acto Legislativo 01 de 2009 se reiteraron las citadas prohibiciones relacionadas con la doble militancia, y como ya se indicó se añadió, además de la responsabilidad de los partidos en la concesión de avales y otras medidas, que quien siendo miembro de una corporación pública decidiera presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, debería renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. (...) En acatamiento del mandato otorgado por el parágrafo transitorio 2º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2009, se profirió la Ley Estatutaria 1475 de 14 de julio 2011 “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

El legislador estatutario extendió el ámbito de aplicación de la figura de la doble militancia, pues eliminó la expresión que imponía que el partido o movimiento político debía contar con personería jurídica, que venía desde el Acto Legislativo 01 de 2003.

En consecuencia, dispuso que: “...En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político”. Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 490 de 2011, al revisar la constitucionalidad del citado artículo, determinó que, “el legislador estatutario puede incorporar una regulación más exigente o extensiva respecto a la prohibición de doble militancia” y, por ende, extendió la prohibición a las agrupaciones políticas sin personería jurídica.

En síntesis, argumentó que “...tanto las agrupaciones políticas con personería jurídica o sin ella, están habilitadas para presentar candidatos a elecciones, las segundas supeditadas al apoyo ciudadano a través de firmas.

En ese orden de ideas, si tanto una como otra clase de agrupaciones pueden presentar candidatos y, a su vez, uno de los ámbitos de justificación constitucional de la doble militancia es la preservación del principio democrático representativo, mediante la disciplina respecto de un programa político y un direccionamiento ideológico, carecería de todo sentido que la restricción solo se aplicará a una de las citadas clases de agrupación política”.

Según esta Sección, “...lo anterior es de la mayor importancia, porque antes de la vigencia de la Ley 1475 de 2011 y con ello, de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, la figura de la doble militancia, según el texto constitucional y para la jurisprudencia de esta Corporación, comportaba únicamente la prohibición de “pertenecer a más de un partido o movimiento político **con personería jurídica**, de suerte que si la organización política carecía de personería jurídica, no podría configurarse doble militancia política”.

Nota de Relatoría: Sobre la inobservancia de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 107 constitucional, sobre doble militancia política, por sí sola no constituye una inhabilidad para acceder a cargos o corporaciones públicas de elección popular, de la que puedan derivarse las causales de pérdida de investidura o de nulidad electoral. Sentencia de 3 de febrero de 2006. Sección Quinta. Ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Rad. 68001-23-15-000-2003-02787-01(3742); Sentencias PI-1441 y PI-1463 del 11 y 25 de mayo de 2004, Sala Plena. Sobre las consecuencias de la doble militancia, Sección Quinta. Radicación: 630012331000201100311 01 .Expediente: 2011-0311. M. P. Mauricio Torres cuervo. Entre otras Sent. 30-06-2011. Exp. 11001-03-28-000-2010-00062-00 M. P. Susana Buitrago.

Fuente formal: Acto legislativo 01 de 2003/Acto legislativo 01 de 2009/Ley 1475 de 2011

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Comporta cinco modalidades

En la actualidad la doble militancia comporta 5 modalidades, así: En el Acto Legislativo 01 de 2009: La doble militancia según la norma constitucional vigente, se materializa en tres situaciones:

La primera, una prohibición dirigida a los ciudadanos de manera general “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”.

La segunda, que no está dirigida a los ciudadanos de manera general, sino a quienes participen en consultas de partidos o movimientos políticos o en consultas interpartidistas “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral”.

La tercera prevista en el último inciso del artículo 107 en los siguientes términos: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

En la Ley 1475 de 2011: En el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 se definió la doble militancia, se adicionaron otras dos conductas prohibitivas para los directivos de los partidos y movimientos políticos y, finalmente, se previó la forma como sería sancionada la transgresión de la norma.

La cuarta prevista en la ley estatutaria relacionado con la doble militancia consagrado como: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.

Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”.

Y una quinta situación relacionada también con los directivos así: Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

Nota de Relatoría: Sentencia de 1º de noviembre de 2012. C. P. Mauricio Torres Cuervo, Exp. 2011-0311. Actor. Jesús Antonio González.

Fuente formal: Acto legislativo 01 de 2009/Ley 1475 de 2011

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Sanción/DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Momento en que se configura la conducta/DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Se configura al momento de la inscripción

Es en la Ley 1475 de 2011, que se prevé la consecuencia de la prohibición así: “El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción”. Asimismo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró en vigencia el 2º de julio de 2012, establece la doble militancia como causal de nulidad electoral así: Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...) 8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia. Sobre el particular, a partir de enero de 2013, esta Sala de Decisión replanteó la concepción que traía sobre las consecuencias de la doble militancia relacionadas con los candidatos que participaran en consultas y los miembros de Corporaciones, frente a la validez del acto de elección y adoptó una nueva visión sobre el significado de esa norma y las consecuencias de la doble militancia frente a la validez del acto de elección, así: “En ese orden de ideas, los eventos o situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003, implican, entonces, a contrario sensu, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada”. Dentro de este contexto, la posición mayoritaria de la Sala señaló que

las situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003 (con las modificaciones del Acto Legislativo 01 de 2009), implican, entonces, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada.

Así las cosas, no hay duda que actualmente la doble militancia es causal de nulidad electoral. En efecto así fue consagrado en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, y precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-334 de 2014, en lo relacionado con el momento en que se configura la conducta.

Nota de Relatoría: Ver sentencias de 7 de febrero de 2013, C. P. Susana Buitrago Valencia. Expedientes: 2011-0666 y 2012-0026. 18 de noviembre de 2013, Expediente 2012-00052-01. Salvamento de voto consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 2012-00052-01. 18 de noviembre de 2013.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 137 /Ley 1437 de 2011 - artículo 275 numeral 8

REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por doble militancia política/INHABILIDAD POR DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - Ser directiva nacional de partido político dentro de los 12 meses anteriores a la inscripción como candidata a la Cámara de Representantes

El problema jurídico a resolver, radica en determinar si la elección de Johana Chaves García como Representante a la Cámara por el departamento de Santander es nula, porque su elección se realizó estando incurso en doble militancia al tenor de lo previsto por el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, configurándose la causal consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Lo anterior, conforme al fundamento fáctico del libelo introductorio, porque la señorita Chaves García se inscribió como candidata del hoy Partido Centro Democrático el 9 de diciembre de 2013, habiendo sido directiva del Partido Opción Ciudadana desde el 1º de junio de 2013 hasta el 17 de octubre de 2013 incurriendo en la prohibición que consagra el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, sin que transcurrieran los 12 meses que exige la norma, con lo cual estaba incurso en la causal de anulación consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Ante la certeza del hecho objetivo de la pertenencia al Partido Opción Ciudadana como Directiva Nacional de la señora Johana Chaves García, desde su elección como tal en la Convención Nacional celebrada el primero de junio de 2013, hasta el 17 de octubre de 2013, fecha en la que renunció, esto es, fue directiva nacional del partido Opción

Ciudadana dentro de los 12 meses anteriores a la inscripción como candidata a la Cámara de Representantes por el hoy Partido Centro Democrático que se realizó el 9 de diciembre de 2013, por lo que incurrió en la causal de doble militancia establecida en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, causal de nulidad electoral según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara Johana Chaves García (periodo 2014-2018), en tanto se probó incurrió en doble militancia política en la modalidad establecida en el párrafo tercero del artículo 2º, de la Ley 1475 de 2011, por ende, la elección fue contraria a derecho.

En consecuencia, la medida cautelar dictada en este proceso de suspender los efectos del acto acusado en cuanto a la declaratoria de la elección de Johana Chaves García se torna en definitiva, se cancelará la credencial correspondiente, conforme al artículo 288 numeral 3º del CPACA, y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

Nota de Relatoría: Con auto de 22 de octubre de 2015, se rechazó por improcedente la solicitud de aclaración y adición de la sentencia. (Inserto al final)

Fuente formal: Ley 1437 de 2015 - artículo 275 numeral 8/Ley 1475 de 2011 - artículo 2 inciso 3º

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 1001-03-28-000-2014-00057-00

Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Santander

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia dentro de los procesos electorales iniciados contra la elección de la señora **Johana Chaves García** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander.

ANTECEDENTES

I. LAS DEMANDAS

I.I. Expediente No. 2014-0083-00, demandante: Carlos Leonardo Hernández:

1. Las pretensiones de la demanda

Se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de la elección de la señora **Johana Chaves García** Representante a la Cámara por el departamento de Santander - Formulario E-26-CA de 21 de marzo de 2014, por medio del cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon la elección de los candidatos que fueron elegidos como Representantes a la Cámara para el departamento de Santander por el periodo 2014-2018¹.

Las pretensiones fueron:²

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acuerdo 003 de mayo 30 de 2014, notificado en estrados en audiencia pública el día 03 de junio de 2014 emanado del Consejo Nacional Electoral: *“Por medio del cual se resuelve las (sic) vacíos u omisiones de la Comisión Escrutadora departamental de Santander, se ordena notificar la declaración de la elección de Representantes a la Cámara por el departamento de Santander periodo 2014-2018 y entregar las correspondientes credenciales”*.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del acto de Elección contenido en el Formulario E-26 CA de fecha 21 de Marzo de 2014, por medio del cual La Comisión Escrutadora Departamental de Santander declaró la elección de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA como representante a la CÁMARA TERRITORIAL POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, para el periodo 2014 a 2018.

TERCERO: Que se declare la nulidad de la Credencial que acredita como Representante a la Cámara por el departamento de Santander a Johana Chaves García para el periodo 2014-2018.

CUARTA: Consecuencia de la nulidad de los actos administrativos identificados y descritos en las pretensiones anteriores que preceden (sic) y por tanto de la elección de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA, se declare la elección de MARCOS YOHAN DÍAZ BARRERA como Representante a la Cámara por el departamento de Santander –periodo 2014 - 2018, quien es la persona que le sigue en votación dentro de la misma lista del grupo significativo de ciudadanos CENTRO DEMOCRÁTICO MANO FIRME CORAZÓN GRANDE y se expida la credencial respectiva”.

1 Folio 24- Exp. 2014-00083-00.

2 Folio 4- Exp. 2014-00083-00.

2. Soporte fáctico

Señaló el actor que mediante Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013, emitida por el Consejo Nacional Electoral, se realizó el cambio de nombre del Partido de Integración Nacional (PIN) a Partido Opción Ciudadana, se inscribió el nuevo Comité Ejecutivo Nacional, y se realizaron otras modificaciones a los Estatutos del Partido.

Indicó que en la parte decisiva de la mentada resolución, en el artículo cuarto, se inscribió como miembro de la Dirección Nacional del Partido Opción Ciudadana a la señora JOHANA CHAVES GARCÍA³, quien el 17 de octubre de 2013, presentó renuncia a su militancia dentro de dicho partido político⁴.

Precisó que la demandada inscribió su candidatura⁵ a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander (2014 - 2018), el 9 de diciembre de 2013, por el hoy Partido Centro Democrático *“es decir; un partido distinto a Opción Ciudadana y desde su renuncia a ese Partido Político no habían transcurrido siquiera dos meses lo cual indica que está incurso dentro del periodo inhabilitante que le prohibía inscribirse por otro Partido conforme lo establece la Ley 1475 de 2011”*⁶.

Manifestó que una vez concluido el proceso electoral, y estando en desarrollo el escrutinio departamental en Santander, el día 17 de marzo de 2014, el ciudadano Yorgin Cely Ovalle, solicitó al Consejo Nacional Electoral, se abstuviera de declarar la elección de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, *“teniendo en cuenta que se encuentra incurso en doble militancia”*⁷.

El 18 de marzo de 2014, el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 1263 de 2014, dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Avocar el conocimiento de la solicitud de abstenerse de declarar la elección de Johana Chaves García como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, inscrita por el GSC Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande, en las elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar a los Delegados del Consejo Nacional Electoral para los escrutinios en Santander, que en caso que la candidata Johana Chaves García se hiciera merecedora a una curul, se abstengan de declarar la elección de Representantes a la Cámara por el departamento, y remitan a este Consejo y sus actuaciones⁸”.

Finalizado el escrutinio departamental, el 21 de marzo de 2014, los Delegados del Consejo Nacional Electoral, en acatamiento

3 Folio 203 - Exp. 2014-00083-00.

4 Folio 206- Exp. 2014-00083-00.

5 Folio 208 - Exp. 2014-00083-00.

6 Folio 7 - Exp. 2014-00083-00.

7 Folio 8- Exp. 2014-00083-00.

8 Folio 211 – 222 - Exp. 2014-00083-00.

de la orden precedente, no dieron lectura a la última hoja del E26 donde se indicaba quiénes habían resultado elegidos para la Cámara de Representantes por el departamento de Santander y se abstuvieron de declarar la elección.

El 30 de mayo de 2014 el Consejo Nacional Electoral profirió el Acuerdo 003, por medio del cual resolvió los vacíos u omisiones de la Comisión Escrutadora Departamental de Santander, ordenó notificar la declaratoria de elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Santander, periodo 2014-2018, y entregar las correspondientes credenciales; y se declaró inhbido para pronunciarse de fondo acerca de las solicitudes relacionadas con la abstención de declaratoria de la elección de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA**.

3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se afirma que la elección de la ciudadana **JOHANA CHAVES GARCÍA** vulnera el artículo 107 de la Constitución Política que dispone:

"Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

(...)

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica".

Destacó la parte actora que la mencionada señorita **CHAVES GARCÍA** perteneció simultáneamente a más de un partido/ movimiento político (Opción Ciudadana y el hoy Partido Centro Democrático) pues su renuncia al primero se produjo el 17 de octubre de 2013 y la disposición legal establece que tal dimisión debe producirse al menos doce meses antes de inscribirse por otro partido lo cual se dio el 9 de diciembre de 2013.

De igual forma considera que se violó el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, que establece que:

"En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de

elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos".

Considera que la demandada debió haber renunciado al Partido Opción Ciudadana 12 meses antes de su candidatura a la Cámara de Representantes por el hoy Partido Centro Democrático.

Asimismo el actor señaló que entre las causales de nulidad electoral se encuentra, la elección de candidatos que se hallen incurso en doble militancia política, acorde con el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

4. Adición a la demanda

Mediante escrito allegado oportunamente, el 23 de julio de 2014, el señor Carlos Leonardo Hernández en su calidad de demandante realizó adición a la demanda con el fin de solicitar la suspensión provisional del:

1. Acuerdo 003 de mayo 30 de 2014 del Consejo Nacional Electoral.
2. Acta E26 CA y de todos sus efectos emanado de la Comisión Escrutadora Departamental la cual cobró vigencia a partir del día 4 de junio de 2014, fecha en la cual el Consejo Nacional Electoral determinó que se declaraba la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Santander para el periodo Constitucional 2014-2018.
3. Asimismo, de los efectos de los documentos emanados como consecuencia de la declaratoria de elección tales como el E28 (credencial que acredita a la demandada **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander) periodo 2014-2018.

Lo anterior bajo los enunciados normativos contenidos en los artículos 173, 230.3 y 231 del CPACA.

5. Trámite del proceso

Presentada la demanda, esta Corporación la admitió mediante auto del 30 de julio de 2014, se ordenaron y efectuaron las

debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable y se rechazó por extemporánea la solicitud de suspensión provisional del demandante Carlos Leonardo Hernández.

6. Contestaciones

6.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderada judicial, solicitó se le desvinculara del proceso electoral y, para tal efecto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores secretariales y no expide el acto declaratorio de la elección.

6.2. De la demandada, JOHANA CHAVES GARCÍA

La señorita JOHANA CHAVES GARCÍA⁹, a través de apoderado judicial, en calidad de demandada, contestó la solicitud de nulidad electoral donde manifestó que no comparte la posición del demandante respecto a la fecha de la declaratoria de elección y con base en ello indicó que para la presentación de la demanda de nulidad electoral ya había operado la caducidad de la acción.

Lo anterior en razón a que para el demandante debe tenerse como fecha de la elección el 3 de junio de 2014, por ser esta, en que el Consejo Nacional Electoral ordenó se notificara los resultados a los Representantes a la Cámara por el departamento de Santander, mientras que la demandada considera que la declaratoria de elección se hizo el 21 de marzo de 2014 por parte de la Comisión Escrutadora Departamental al haber dejado constancia que *“la candidata JOHANA CHAVES GARCÍA, fue elegida para la Corporación de Cámara de Representantes”*¹⁰ y fue ratificada por el Consejo Nacional Electoral en el Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014.

Como otros argumentos de defensa planteó las siguientes excepciones:

- Inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011: señaló el alcance que el legislador le dio a la figura de la doble militancia en el Acto Legislativo 01 de 2009 y las causales para que esta se configure, reglamentada por la Ley 1475 de 2011.

Hizo referencia a la jurisprudencia emitida por esta Sección respecto al desenvolvimiento histórico de la doble militancia y se apoyó en la sentencia de 2 de mayo de 2013, de radicado 23001-23-31-000-2011-0621-01, Consejero Ponente doctor Alberto Yepes Barreiro.

No obstante, se observa que no argumentó la supuesta

inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011.

- Inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1825 de julio de 2014 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se registró el Acta de la Convención del Partido de Integración Nacional (PIN), llevada a cabo el 31 de mayo y el 1° de junio de 2013, en donde se eligió a la señorita JOHANA CHAVES GARCÍA como miembro de la Dirección Nacional del Partido, y se cambió el nombre a Opción Ciudadana.

Manifestó que *“este acto administrativo, está viciado de inconstitucionalidad e ilegalidad, como también viola los Estatutos del Partido Opción Ciudadana, toda vez que el nombramiento de JOHANA CHAVES GARCÍA, se hizo, sin el cumplimiento de los requisitos fijados en las disposiciones de todos los órdenes antes señalados respecto de la libertad electoral, en cuanto a ser elegida, pues debe mediar su consentimiento, voluntad y espontaneidad, para poder someter su nombre a tal designación y debe tomarse posesión del cargo y sin embargo ello no se cumplió”*¹¹.

- Inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1263 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, por haber sido proferida por fuera de las funciones constitucionales y legales, puesto que el artículo 265 Superior y artículo 12 del Código Electoral establecen como funciones del CNE ser segunda instancia de los recursos interpuestos ante sus delegados y revocar las inscripciones de candidatos inhabilitados, cuando exista plena prueba, pero no la facultad de decretar medidas cautelares.

Señaló que no es cierto que la ciudadana Johana Chaves García haya hecho campaña en nombre del PIN hoy Opción Ciudadana, *“nunca tuvo siquiera la calidad de afiliada de este partido o a Opción Ciudadana; y que, contrario a lo afirmado por [esta] Sala, sí existen disposiciones que exigen la aceptación”*¹²

Recalcó que el Partido de Integración Nacional (PIN), se rigió por sus estatutos dentro de los cuales se establece el procedimiento y requisitos exigidos para ser candidato en su nombre y ocupar cualquier cargo o participar en las elecciones a cargos de corporaciones públicas y que de acuerdo con el Título II, Capítulo 1 el paso de un nivel a otro dentro de la organización política es *“voluntario y espontáneo”*¹³.

Aseveró que la señorita JOHANA CHAVES GARCÍA no asistió a la Convención del Partido que se llevó a cabo los días 31 de mayo y 1° de junio de 2013, en la que fue electa como miembro de la Dirección Nacional del Partido Opción Ciudadana, no aceptó esa membresía, ni tomó posesión del cargo, por lo que se violaron los estatutos de la organización. Además,

⁹ Escrito presentado el 17 de septiembre de 2014 en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Folios 380 al 410- Exp. 2014-00083-00.

¹⁰ Folio 382- Exp. 2014-00083-00.

¹¹ Folio 397 - Exp. 2014-00083-00.

¹² Folio 398 - Exp. 2014-00083-00.

¹³ Parágrafo 1, artículo 14 de los Estatutos del Partido de Integración Nacional (PIN).

nunca obtuvo la calidad de afiliada al partido, por cuanto no agotó los requisitos para alcanzar tal categoría. Sin embargo, resaltó que la presentación de su renuncia como militante del Partido Opción Ciudadana (condición que erróneamente creía tener) y a la postulación como precandidata a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander se realizó de forma oportuna.

7. Traslado de las excepciones

En escrito de 30 de septiembre el demandante anunciando pronunciamiento sobre las excepciones propuestas, entró a discutir el fondo del asunto con respecto a la aplicación de las normas sobre doble militancia.

I.II. Expediente No. 2014-0057-00 demandante: Yorgin Harvey Cely Ovalle:

1. Las pretensiones de la demanda

El fin principal es obtener la declaratoria de nulidad de la elección de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** Representante a la Cámara por el departamento de Santander, por lo que estableció como pretensiones las siguientes:

"1. Que es nulo el acto de Elección (sic) contenido en el Formulario E-26CA de fecha 21 de Marzo de 2014 (anexo 2), por medio del cual (sic) La Comisión Escrutadora Departamental de Santander declaró la elección de la SEÑORA **JOHANA CHAVES GARCÍA** COMO REPRESENTANTE A LA CÁMARA TERRITORIAL POR EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER, para el (sic) periodo 2014 a 2018 y la correspondiente Credencial que la acredita como tal.

2. Que se declare la (sic) Nulidad de la (sic) Credencial (sic) Respectiva.

3. Que una vez declarada la nulidad electoral de la doctora **JOHANA CHAVES (sic) GARCÍA**, se declare la elección de Marcos Johan Díaz Barrera quien es la persona que sigue en la lista y se expida la (sic) Credencial respectiva".¹⁴

2. Trámite previo a la admisión

Mediante providencia del 16 de mayo de 2014, el Despacho ordenó que previo a decidir sobre la admisión de la demanda, se oficiara al Consejo Nacional Electoral para que certificara sobre la existencia del acto final mediante el cual se declaró la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Santander y remitiera la copia auténtica del expediente administrativo que culminó con la Resolución No. 1263 del 18 de marzo de 2014.

En memorial de 4 de junio del año cursante recibido en el Despacho sustanciador el 13 de junio, el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral, remitió copia del plenario solicitado y copia auténtica del Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014, por medio del cual, entre otras cosas, decidió notificar la declaración de la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Santander para el periodo 2014-2018, realizada mediante el formulario E-26 CA.

3. Soporte fáctico

Indicó el demandante que la Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013, mediante la cual se reformó el Partido de Integración Nacional (PIN), se registró una reforma de los Estatutos, cambio de nombre y de logotipo, se inscribió el Nuevo Comité Ejecutivo Nacional, el Consejo de Control Ético, el Veedor y el Auditor Interno, la Dirección Nacional del Partido Opción Ciudadana¹⁵. en la parte resolutive, se observa que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**, es designada como miembro de la Dirección Nacional del Partido Opción Ciudadana desde el 10 de julio de 2013, ante el Consejo Nacional Electoral, es decir dentro de los doce (12) meses anteriores a su inscripción como candidata del Centro Democrático, puesto que renunció el día 17 de octubre de 2013.

Asimismo, recalca que la ciudadana **JOHANA CHAVES GARCÍA**, aceptó la candidatura por el hoy Partido Centro Democrático, a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander, inscrita ante la Registraduría Delegada el 9 de diciembre de 2013.

Recalcó el actor que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**, se inscribió a la Cámara de Representantes por el movimiento significativo de ciudadanos Centro Democrático, a pesar de haber sido miembro y directivo del Partido Opción Ciudadana dentro de los doce (12) meses anteriores a su postulación y elección.

Lo anterior es una violación directa al artículo 8 de los Estatutos del Partido Opción Ciudadana que señala expresamente:

"...No se permitirá la doble militancia. Ningún afiliado(a) podrá afiliarse a otro partido o movimiento político, ni podrá integrar un grupo significativo de ciudadanos. Asimismo no podrá hacer parte de listas a corporaciones públicas o cargos de elección popular, sin previamente haberse desafiado del Partido.

(...)

Los directivos del partido que aspiren ser elegidos en caragos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser Inscritos como candidatos..."¹⁶.

14 Visible a folio 1 – Exp. 2014-00057-00.

15 Antiguo Partido de Integración Nacional (PIN).

16 Folio 1 – Exp. 2014-00057-00.

Señaló que con las pruebas aportadas, se encuentra demostrado el incumplimiento del literal tercero del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, puesto que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**, no renunció como Directiva del Partido con anterioridad a los (12) doce meses de su elección como Representante a la Cámara por Santander dentro del Movimiento significativo de ciudadanos Centro Democrático.

4. Normas violadas y concepto de violación

Indica el demandante que con la inscripción y elección de la ciudadana **JOHANA CHAVES GARCÍA**, como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, periodo 2014-2018 se violaron las “prohibiciones” contenidas en las siguientes normas:

El artículo 107 de la Constitución Política de Colombia, que establece la prohibición de la doble militancia aunque no solamente está consagrada en la Carta Política, sino también en la ley: Artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, que incluso está instituida como inhabilidad desde la inscripción como candidato.

Esta inhabilidad es de rango especial, porque fue consagrada en una Ley Estatutaria cuyo control previo constitucional está contenido en la Sentencia C-490 de 2011, y que tuvo como propósito evitar el trasfuguismo, con miras a consolidar verdaderos partidos políticos que fortalecieran la democracia.

Manifestó que la inhabilidad o prohibición de la doble militancia presenta unas características propias y específicas cuando los destinatarios de la misma son los miembros de las Corporaciones Públicas o quienes son titulares de un cargo de Dirección dentro de un partido político, por cuanto, si bien se trata igualmente de ciudadanos que pertenecen a un determinado partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, están llamados como bancada y organización política a representar y a defender determinada ideología y un programa político en el seno de un órgano colegiado o desde el Gobierno nacional, departamental o municipal, según sea el caso, *“ello evidentemente debe ser exigido no solamente por el Partido, sino también por el Consejo Nacional Electoral en los términos del numeral 1 del artículo 265 de la Constitución Política”*¹⁷.

5. Solicitud de suspensión provisional

En documento separado de la demanda de nulidad electoral el señor Yorgin Harvey Cely Ovalle solicitó la suspensión provisional del acto de declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por Santander, Acta Parcial de Escrutinio E-26, proferido por la Comisión Escrutadora Departamental el 21 de marzo de 2014 respecto de la elección de la Representante a la Cámara por Santander la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** por considerar que se encontraba incurso en la causal de doble militancia.

La Ley 1475 de 2011 consagra que la prohibición de doble militancia incluye, además de los miembros de las Corporaciones Públicas, a los Directivos de los Partidos, pues los mismos son ciudadanos que ejercen poder político dentro de determinada agrupación política, lo que debe realizarse de acuerdo con la ideología del partido para fortalecer los mismos.

Asimismo, señaló que la doble militancia es un vicio en la inscripción que contamina el acto de elección, pues la misma surge de una inscripción irregular, que por demás se encuentra prevista expresamente como causal de nulidad.

6. Adición a la demanda

Mediante escrito presentado en término, el demandante anexó pruebas que reafirman que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** incurrió en doble militancia.

7. Trámite del Proceso

El Despacho ponente previo a decidir sobre la admisión de la demanda y la medida de suspensión provisional solicitó al Consejo Nacional Electoral certificar si el acto de elección contenido en el formulario E-26CA de 21 de marzo de 2014, suscrito por los Escrutadores y el Secretario de la Comisión Escrutadora del departamento de Santander es el acto final de declaratoria de elección y en consecuencia si hay o no declaratoria de elección; en caso afirmativo indicar en qué fecha se profirió y remitir el documento correspondiente en copia auténtica.

Mediante auto de 13 de agosto de 2014 esta Corporación admitió la demanda, ordenó efectuar las debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable y decretó la suspensión provisional solicitada al encontrar que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**, cuando realizó su inscripción, e inclusive desde su elección, como candidata a la Cámara de Representantes por el Centro Democrático se encontraba dentro del ámbito temporal de la prohibición consagrada en el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, incurriendo entonces en doble militancia.

Contra la anterior decisión se presentó recurso de reposición interpuesto por el apoderado judicial de la demandada **JOHANA CHAVES GARCÍA** respecto a (i) la oportunidad de interposición del medio de control y (ii) la suspensión provisional del acto por medio del cual se declaró su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, lo cual fue resuelto por la Sala en auto de 8 de octubre de 2014 en el que se declaró (i) improcedente el recurso frente a la oportunidad de presentación de la acción de nulidad electoral, y (ii) frente al segundo cuestionamiento se resolvió no reponer, por encontrarse, hasta este momento procesal, demostrado que incurrió en doble militancia, así mismo se indicó que respecto a las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad las mismas resultan improcedentes en atención a que mediante Sentencia C-490 de 23 de junio de 2011 la Corte Constitucional ejerció

17 Folio 9 Exp. 2014-00057-00.

el control pertinente sobre la Ley 1475 de 2011 y respecto a la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1825 de 2013, el artículo 148 del CPACA consagra tal facultad de control adscrita al juez contencioso, pero cuyo ejercicio debe hacerse en otro momento procesal, cuando se cuente con los suficientes elementos de juicio para definir en forma definitiva el litigio, esto es al momento de emitir la sentencia correspondiente.

8. Contestaciones

8.1. De la demandada, JOHANA CHAVES GARCÍA

La señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**, a través de apoderado judicial interpuso recurso de reposición¹⁸ contra el auto de 13 de agosto de 2014, en lo relativo a la suspensión provisional del acto que la eligió como Representante a la Cámara por el departamento de Santander,¹⁹ el cual fue confirmado en auto de 8 de octubre de 2015 al concluir que los argumentos expuestos por la impugnante no fueron suficientes para cambiar la decisión y que los documentos que aportó como pruebas fueron los mismos que se tuvieron en cuenta para tomar la decisión de decretar la suspensión provisional.²⁰

Mediante escrito radicado el 17 de septiembre de 2015, indicó que para el presente caso no era procedente la declaratoria de la medida cautelar, teniendo en cuenta que la doble militancia y los requisitos para que se configuren no han sido suficientemente estudiados por lo que se necesita un estudio de fondo, que solo se puede realizar en el fallo. Asimismo porque la designación de la demandada como miembro de la dirección nacional del Partido Opción Ciudadana, fue contraria a derecho puesto que nunca manifestó su voluntad de ser candidata para la Dirección Nacional del partido ni se posesionó en el mismo.

Como argumentos de defensa planteó las siguientes excepciones:

- Inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, por lo que procedió a señalar el alcance que el legislador le dio a la figura de la doble militancia en el Acto Legislativo 01 de 2009 y las causales para que esta se configure reglamentada por la Ley 1475 de 2011.
- Inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1825 de julio de 2014 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se registró el Acta de la Convención del Partido de Integración Nacional (PIN), llevada a cabo el 31 de mayo y el 1° de junio de 2013, en donde se hizo la elección de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** como miembro de la Dirección Nacional del partido, y se cambió el nombre a Opción Ciudadana.
- Inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1263 de 2014 del Consejo Nacional Electoral, por haber sido expedida

por fuera de las funciones constitucionales y legales, puesto que el artículo 265 Superior y el Código Electoral establecen como funciones: ser segunda instancia de los recursos interpuestos ante sus delegados y revocar las inscripciones de candidatos inhabilitados, cuando exista plena prueba, pero no la facultad de decretar medidas cautelares.

8.2. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderada judicial, solicitó se desvincule a la entidad del proceso electoral, toda vez que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores de secretaria²¹.

9. Coadyuvancias

9.1. Del señor Marcos Yohan Díaz Barrera

Manifestó que, como ciudadano y por ser el siguiente en la lista de elegidos por el Partido Centro Democrático para la Cámara de Representantes por el departamento de Santander, coadyuva las pretensiones de la demanda por considerar que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** esta incurso en doble militancia.

Por lo que solicitó se declare la nulidad de i) el acto de elección contenido en el Formulario E26 CA de 21 de marzo de 2014, por medio del cual la Comisión Escrutadora del departamento Santander declaró la elección de la ciudadana **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, para el periodo 2014 - 2018 y, ii) la credencial que la acredita como Representante a la Cámara por el hoy Partido Centro Democrático por encontrarse dentro de la prohibición constitucional y legal de Doble Militancia.

Requirió que como consecuencia de lo anterior se proceda a declarar la elección del señor Marcos Johan Díaz Barrera, por ser quien sigue en la lista y expida la credencial respectiva de conformidad con los artículos 134 y 261 de la Constitución Política, y a los artículos 274 y 278 de la Ley 5ª de 1992²².

9.2. De los Ciudadanos en ejercicio

Se aportaron 4705 firmas de ciudadanos que solicitaron ser admitidos como coadyuvantes de la parte demandada, y pidieron la protección al "*principio de la eficacia del voto y derecho de protección al sufragio universal*" y prevalencia de la decisión popularmente adoptada en las urnas.

10. Traslado de las excepciones

Mediante escrito recibido el 31 de octubre de 2014, en la Secretaría de esta Sección, el señor Yorgin Harvey Cely Ovalle se manifestó frente a las excepciones, indicando:

18 Presentado el 11 de septiembre de 2014.

19 Folio 379 al 407. Exp. 2014-00057-00.

20 Folio 579 al 592 p. 2014-00057-00.

21 Folio 556 al 578 Exp. 2014-00057-00.

22 Folio 419 al 461. Exp. 2014-00057-00.

Respecto a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, señaló que la nulidad electoral no es el mecanismo procesal idóneo para cuestionar si la norma se ajusta o no a la Constitución Política. Manifestó que la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que la prohibición de la doble militancia pretende fortalecer y consolidar los partidos políticos como actores fundamentales de la democracia.

En relación con la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1825 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se reforma el Partido de Integración Nacional (PIN), se registró una reforma a los estatutos, se cambió el nombre y logotipo, se inscribió del Comité Ejecutivo Nacional, el Consejo de Control Ético y la Dirección Nacional del Partido Opción Ciudadana, indicó que esta nunca fue demandada ni tachada de falsa por parte de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**, por lo que goza de total validez, acorde con el principio de legalidad de los actos administrativos. De igual forma se expidió conforme a la normatividad constitucional y legal vigente, respecto a los rituales o procedimientos exigidos para su expedición, *“lo demás son situaciones del partido, que se deben resolver internamente, como por ejemplo si una persona que no adelantó el curso, puede ser o no candidato, porque de ser así, en caso que algún congresista elegido popularmente, por el Partido Opción Ciudadana, no haya cumplido con este requisito, se podría anular su elección, caso que considero no tiene ningún soporte legal”*²³.

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución No. 1263 de 2014 por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral, previo a la declaratoria de elección, ordenó a los Delegados del Consejo Nacional Electoral abstenerse de declarar la elección de Representantes a la Cámara por el departamento de Santander, en caso de que la candidata **JOHANA CHAVES GARCÍA** se hiciera merecedora de una curul, pretende la parte demandada que el Consejo de Estado, tome competencias que no le corresponden desarrollar en la acción de nulidad electoral.

II. TRÁMITE DE LOS PROCESOS ACUMULADOS

Por auto de 2 de octubre de 2014 la Consejera Ponente ordenó mantener el proceso de radicado No. 2014-00083-0 en Secretaría hasta que el expediente número 2014-00057 se encontrara en la misma etapa para decidir sobre su acumulación.

Mediante auto de 10 de noviembre de 2014 se ordenó la acumulación de los procesos 1100103280002014-00057-00 y 1100103280002014-00083-0.²⁴

III. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 20 de noviembre de 2014, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 28 de noviembre de 2014,²⁵ diligencia dentro de la cual se ordenó la práctica de la prueba decretada

de oficio respecto a individualización e identificación de los casi 5000 coadyuvantes de la parte demandada, propósito por el que fue suspendida.

Una vez recibidos los documentos emitidos por la Dirección Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 18 de febrero de 2015 continuó con la audiencia²⁶, en la que se puso en conocimiento de las partes los resultados de la verificación de la legitimación de las firmas de los posibles coadyuvantes que realizó la entidad pública y el Despacho Ponente, en donde 501 firmas presentan inconsistencia. La Consejera Sustanciadora suspendió la audiencia para que las partes y la comunidad en general accedieran al listado de las 4456 firmas que no presentan reproche alguno y a los registros que tenían observaciones, quedando reprogramada la audiencia para el 27 de febrero de 2015.

Dando continuación a la diligencia el día programado, la Consejera Directora del proceso, indicó que se admitía la coadyuvancia de los 4456 registros, en los que fueron plenamente identificadas las personas que los suscribieron, solo en los argumentos que coincidan y desarrollen los mismos fundamentos de la defensa contenida en la contestación de la demanda, corrió traslado a las súplicas presentadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por el apoderado de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** frente al rechazo de las excepciones propuestas.

Resueltas las súplicas, presentada por el abogado de la señora Johana Chaves García y por las apoderadas de la Registraduría Nacional del Estado Civil,²⁷ y la solicitud de levantamiento de la medida cautelar²⁸, el 19 de junio de 2015²⁹ se procedió a dar continuación a la audiencia inicial, que se surtió de acuerdo al trámite establecido en los artículos 180 y 283 del CPACA, por lo que saneó el trámite³⁰, resolvió sobre las excepciones propuestas, fijó el litigio y resolvió sobre las pruebas.

1. Excepciones

La Consejera Ponente las resolvió con base en las siguientes consideraciones:

1.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de sus apoderadas judiciales, propuso como excepción, la *“falta de*

²³ Folio 870 - Exp. 2014-00057-00.

²⁴ Folio 1312 - Exp. 2014-00057-00.

²⁵ Folio 1324 - Exp. 2014-00057-00.

²⁶ Convocada por auto de 9 de febrero de 2015, folio 1668. Exp. 2014-00057-00.

²⁷ La Sala en auto de 7 de mayo de 2015 confirmó la decisión de declarar no prosperas las excepciones que propuso el apoderado de la señora Johana Chaves García y se revocó la disposición respecto a la excepción que propuso la apoderada de la Registraduría General del Estado Civil, y en su lugar, se declaró probada la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

²⁸ La Sección Quinta en providencia del 18 de junio de 2015 negó el levantamiento de la suspensión provisional al encontrar que no se presentaron cambios en la situación fáctica por lo que el acto administrativo que declaró la elección debe permanecer en suspenso.

²⁹ Convocada en auto de 1º de junio de 2015

³⁰ Folio. 1573 - Exp. 2014-00057-00.

legitimación en la causa por pasiva”, al considerar que la entidad no tiene injerencia en la realización de escrutinios ni en los resultados de los mismos, así como carece de competencia para resolver asuntos relacionados con revocatoria de la inscripción, doble militancia, cumplimiento de estatutos e inhabilidades de candidatos; y, tampoco podría, en caso de prosperar las pretensiones, cumplir con la orden judicial respectiva.

La Consejera Ponente analizó las actuaciones de la autoridad pública y concluyó que las mismas fueron relevantes frente al acto administrativo que se demanda por lo que pudo tener incidencia en este, por lo que, la excepción propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil no prosperó.

1.2. De la demandada, Johana Chaves García

En las contestaciones a las demandas, el apoderado de la señora Johana Chaves García, propuso como excepciones:

A. La inexistencia del acto administrativo demandado e ineptitud sustantiva de la demanda (2014-00057-00): Teniendo en cuenta que el Consejo Nacional Electoral concluyó que el acto de elección de los Representantes a la Cámara elegidos por el departamento de Santander para el periodo 2014-2018 era el contenido en el formulario E-26 CA y su notificación se dio en la audiencia del 30 de mayo de 2014, la Consejera Ponente declaró que no prosperó las excepciones habida cuenta que el acto demandado estaba perfectamente individualizado y notificado, por lo que al haberse presentado la demanda en término, de acuerdo a las circunstancias expuestas, se cumple con los requisitos establecidos en los artículos 163 y 164 numeral 2 literal a) del CPACA.

B. La caducidad del medio de control (2014-00083-00): Se declaró no probada la excepción, ya que por ser esta una situación diferente en cuanto al momento en que se profirió el acto demandado y en el que se notificó, debe resguardarse el principio de confianza legítima que le permitió al demandante Carlos Leonardo Hernández, atendiendo el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, esperar a que la autoridad electoral manifestara que notificaba el acto de elección, trámite que se surtió mediante el Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014.

C. La excepción de inconstitucionalidad e ilegibilidad del artículo 2º de la Ley 1475, de las Resoluciones 1825 de 10 de julio y 1263 de 18 de marzo de 2014 proferidas por el Consejo Nacional Electoral: El Despacho Ponente se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno al considerar las figuras de inconstitucionalidad e ilegalidad³¹ son de aplicación sustancial que en nada tiene que ver con las excepciones que gozan de carácter procesal, al efecto no son herramientas procesales que deban ser resueltas en esta etapa del proceso.

2. Recurso

Súplica contra la decisión de no acceder a las excepciones propuestas por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el abogado defensor.

En auto de 7 de mayo de 2015 la Sala estudió los argumentos de la súplica, respecto a la decisión de declarar imprósperas las excepciones de caducidad del medio de control, de inexistencia del acto demandado y de inepta demanda, consideró que en el fondo todas tiene que ver con el cómo y el cuándo se produjo la declaratoria de elección y su notificación.

Indicó que se está en presencia de una situación *sui generis* en cuanto a las especiales circunstancias que rodearon el Acta General de Escrutinios y la expedición del Formulario E-26 CA del 21 de marzo de 2014, documentos que fueron remitidos al Consejo Nacional Electoral para resolver recursos y solicitudes, organismo que se inhibió para conocerlos, y determinó notificarlos por estrados en audiencia pública.

Recalcó que hay diferencia entre existencia del acto y notificación del mismo. Lo primero concierne al reconocimiento material de su contenido. Lo segundo es relevante para su oponibilidad. En este entendido el acto acusado podía demandarse por estar proferido, aunque según la demandada sea discutible cuándo se produjo su notificación.

Por lo tanto la demanda no es inepta, ya que se cumplió con el requisito de identificar el acto acusado.

Igualmente para la Sala la decisión de no dar por probada la excepción de caducidad, estuvo ajustada a derecho, puesto que, existe un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad: el Acuerdo 003 del 30 de mayo de 2014 que en su artículo 2º ordena notificar el Formulario E-26 CA, así como también la constancia obrante a folio 37 del expediente 2014-00083, según la cual dicho acto se notificó el 3 de junio del mismo año en estrados y en audiencia pública, lo que confirió confianza legítima en el demandante de contabilizar el término de caducidad para demandar, a partir de ello.

Ahora bien, respecto a la decisión de declarar impróspera la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por las apoderadas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, fundada en que dicho organismo no tiene injerencia en la organización de escrutinios ni en el resultado de los mismos, razón por la cual carece de competencia para resolver asuntos que atañan a la revocatoria de la inscripción, doble militancia, cumplimiento de estatutos e inhabilidades de candidatos, y por lo tanto, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda tampoco podría cumplir con la orden judicial que se impartiera.

La Sala revocó la decisión y en su lugar, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

31 Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional T-513 de 1997, T-808 de 2007 y C-122 de 2011.

Lo anterior, al considerar que debió seguirse el precedente de esta Sección sobre la materia, se tiene que en el auto del 6 de noviembre de 2014, expediente 2014-00065-00 se sostuvo que *“la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es especial (...) y por ello (...) resulta importante establecer en cada caso concreto si las actuaciones de la autoridad pública que se ordena vincular fueron relevantes frente al acto administrativo que se demande y que los cargos invocados por los demandantes apuntan a cuestionar su legalidad”*.

Revisó esta premisa frente al caso concreto, y concluyó que no se cumple, pues consideró que en las demandas acumuladas no se cuestiona actuación alguna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, puesto que el reproche radica que la elegida no podía serlo válidamente, por hallarse incurso en doble militancia política, que es causal de nulidad.

Este vicio atañe a un asunto de fondo, y no a un aspecto formal posible de establecerse al verificar el cumplimiento de los requisitos de esta misma índole, frente a los candidatos, que es la única atribución que en la materia tiene asignada la Registraduría Nacional del Estado Civil, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011.

3. Fijación del litigio

Determinar si la elección de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander es nula, porque su elección se realizó estando incurso en doble militancia al tenor de lo previsto por el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, configurándose la causal consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.³²

4. Solicitud de levantamiento de la medida cautelar, por medio de la cual suspendió el acto administrativo que declaró la elección de la demandada.

La Sala en providencia del 18 de junio de 2015 negó el levantamiento de la suspensión provisional al encontrar que no se presentaron cambios en la situación fáctica por lo que el acto administrativo que declaró la elección debe permanecer en suspenso.³³

Señaló que el abogado de la señora Johana Chaves García sujetó su petición de levantamiento de la medida cautelar a la supuesta condición *sub judice* de la admisión de la demanda o del hecho que prosperara la excepción propuesta de “inexistencia del acto demandado”, circunstancia que no se presentó una vez evacuado el recurso de súplica interpuesto, analizado en el numeral anterior. Así, el persistir la proposición jurídica de la existencia del acto demandado y la situación que involucra la medida provisional decretada, no se encontraron elementos que conlleven su relevo.

32 Folio 1932 al 1946 Exp. 2014-00057-00.

33 Folio 1914 al 1918 Exp. 2014-00057-00.

IV. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

Mediante auto de 12 de agosto de 2015³⁴ el Despacho Ponente en aplicación el artículo 183.3 del CPACA ordenó correr el traslado por el término común de diez días a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para que, si a bien lo tenía, rindiera concepto.

Contra la anterior providencia el apoderado de la parte demandada³⁵ presentó recurso de reposición en el que argumentó que el traslado a las partes y al Ministerio Público solamente resulta procedente cuando a criterio judicial no se considere necesaria la intervención oral en audiencia, pero, en este evento, en el que se presenta un *“profundo debate probatorio y de posiciones encontradas”* resulta relevante que se permitan conocer plenamente los planteamientos de los demandantes para ejercer de forma efectiva la defensa material y técnica de su cliente, lo cual no podría hacer si se presentan por escrito, en la medida que no serían conocidos por la parte demandada.

Consideró la Consejera Directora, que de conformidad con la norma aplicable, citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento es discrecional del juez, pues la norma claramente señala que si lo considera innecesario puede ordenar la presentación por escrito de los alegatos, pero, con el fin de ofrecer mayores garantías fijó como fecha para la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento el 25 de septiembre de 2015.

5. De los alegatos de conclusión aportados antes de la audiencia.

5.1. Del señor Yorgin Harvey Cely Ovalle, demandante (2014-00057-00)

Luego de relatar los antecedentes del caso objeto de estudio y de enlistar algunas de las pruebas recaudadas, reiteró que la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** esta incurso en la causal de doble militancia contemplada en el artículo 107 de la Constitución Política, en el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y específicamente en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

Asimismo, destacó que jurisprudencialmente³⁶ la inhabilidad o prohibición de la Doble Militancia presenta unas características propias y específicas cuando los destinatarios son los miembros de las Corporaciones Públicas o quienes son titulares de un cargo de dirección dentro del Partido, por cuanto, si bien se trata igualmente de ciudadanos que pertenecen a un

34 Folio 2350 Exp. 2014-00057-00.

35 Escrito radicado en la Secretaría de esta Sección el 14 de agosto de 2015 (fls. 2364-2365).

36 Corte Constitucional Sentencia C-490 de 2011, Sentencia C-342 de 2006, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta: Consejera Ponente Dra. Susana Buitrago Valencia, Bogotá, 7 de febrero de 2013. Radicado No. 68001-23-31-000-2011-00998-01 y Consejero Ponente Dr. Mauricio Torres Cuervo, Bogotá., 31 de enero de 2013. Radicado No. 08001-23-31-000-2011-01483-01.

determinado partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, están llamados a representar y a defender, organizados como bancada y como partido, una determinada ideología y un programa político en el seno de un órgano colegido o desde el Gobierno nacional, departamental o municipal, según sea el caso, ello evidentemente debe ser exigido no solamente por el partido, sino también por el Consejo Nacional Electoral en los términos del numeral 1 del artículo 265 de la Constitución Política.

Indicó, que teniendo en cuenta el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, fija que la doble militancia política es una causal de nulidad electoral, "es evidente que la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA**, al haberse inscrito como candidata a la Cámara de Representantes por el Grupo Significativo de Ciudadanos Centro Democrático, para participar en las elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014, se encuentra incurso dentro de la inhabilidad de Doble Militancia"³⁷.

Finalizó precisando que por tratarse de una acción de nulidad electoral, es fundamental la delimitación del derecho constitucional a elegir y ser elegido, teniendo en cuenta que la pretensión de este proceso está encaminada a anular el acto con el que se materializa el derecho a ser elegido por parte del directamente afectado y el derecho a elegir, por parte de los votantes que a través del voto dieron aval como representante.

1.2. Del señor Marcos Yohan Díaz Barrera, Coadyuvante de la parte demandante

El señor Marcos Yohan Díaz, por medio de su apoderado judicial, hizo mención a las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad planteadas por la parte demandada, señalando que esta tiene su fundamento en el principio de jerarquía de las normas por la cual un ley o normatividad no puede ser contraria a una de superior jerarquía o de la cual derive su validez.

Destaca que "ambas excepciones se constituyen en herramientas cuyo uso tiene por similitud la ocurrencia de un hecho excepcional o anómalo puesto que implica que existe una situación que contradice los preceptos constitucionales o legales y que el mismo pase inadvertido, en el presente caso tal situación no se presenta"³⁸.

Por otro lado, al hacer referencia a los argumentos de defensa respecto a la posición de la ciudadana Johana Chaves García frente al Partido Opción Ciudadana (anteriormente PIN) precisa que dentro del expediente reposa el oficio denominado "Formulario de inscripción de la ciudadana Johana Chaves García al partido de integración Nacional (PIN) hoy Opción Ciudadana como parte de la lista de candidatos a la Cámara de Representantes"³⁹.

Señala que dicha inscripción ilustra el actuar voluntario,

consiente y espontaneo de la señora Johana Chaves García en cuanto a su vinculación y militancia al entonces Partido de Integración Nacional, "no solo como afiliada sino como Dirigente Regional y precandidata a la Cámara de Representantes por Santander, lo que demuestra su posición de liderazgo y preponderancia dentro de la estructura del partido, tal situación se evidencia con toda claridad cuando la ciudadana Chaves García, afirma:

"... Al suscribir este formulario **reafirmo mi militancia al Partido Integración Nacional como dirigente regional (...)**" (negrilla fuera de texto)⁴⁰.

Manifiesta que no resulta razonable y verosímil el que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** afirme que no conoció de una reforma de gran envergadura del partido del que era militante, líder natural y precandidata con participación activa y constante, misma que significaba el cambio del nombre y logo del partido y disponía una nueva conformación directiva, entre otras.

Sin dejar de lado lo anterior, el apoderado del coadyuvante recalcó que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** no hizo uso de la posibilidad que tenía de impugnar el acto que la eligió como Directiva Nacional⁴¹.

1.3. Del señor Carlos Leonardo Hernández, demandante (2014-00083-00)

El señor Carlos Leonardo Hernández manifestó que se allana a lo resuelto en el auto admisorio de la demanda 2014-00057-00, realizó una síntesis de los hechos y de las pruebas obrantes en el expediente y finalizó señalando que la Resolución No. 1825 de 2013 emitida por el Consejo Nacional Electoral goza de plena validez jurídica puesto que nunca fue objeto de la acción de nulidad, por lo que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** dentro de los doce meses a la elección de Congreso de la República (09 de marzo de 2014) era directiva del Partido Opción Ciudadana, pues solo renunció a ese colectividad el día 17 de octubre 2013, lo cual indica que, a la luz del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, esta incurso en doble militancia puesto que se eligió por un partido distinto.

2. Desarrollo de la audiencia

En el desarrollo de la audiencia la Magistrada Ponente indicó que, en todo caso, la Sala tendría en cuenta las manifestaciones escritas, pero en aras de garantizar la igualdad de todos los intervinientes en cuanto a la oralidad de esta etapa procesal, procedió a escuchar en su orden a los demandantes, terceros de la parte activa y luego a la parte demandada y un representante de los terceros intervinientes⁴², así mismo al representante del Ministerio Público, cada uno por el término de 10 minutos.

37 Folio 2432 Exp. 2014-00057-00.

38 Folio 2440 Exp. 2014-00057-00.

39 Folio 2442 Exp. 2014-00057-00.

40 Folio 2443 Exp. 2014-00057-00.

41 Folio 2438 al 2452 Exp. 2014-00057-00.

42 No asistieron terceros intervinientes reconocidos como tales.

2.1. Demandantes:

2.1.1. Yorgin Harvey Cely Ovalle (2014-00057-00)

Señaló que ratificaba lo ya expuesto en los alegatos presentados por escrito e hizo énfasis en que el artículo 107 de la Constitución y el Acto Legislativo 01 de 2007 se prohíbe la doble militancia, de conformidad con la Ley 1475 de 2011. Que las personas que ostentan cargos de dirección en un partido político y sean candidatos por otro deben renunciar con 12 meses de anterioridad a la inscripción.

Que el artículo 275 del CPACA dispone que la doble militancia es causal de nulidad, por eso al fijar el litigio se fijó en el sentido de establecer si la elección de la demanda estaba viciada por doble militancia.

Manifestó que en ambas demandas en los conceptos de la violación se expuso de manera clara el cargo objeto de estudio, el cual también se probó con los anexos e incluso con las contestaciones de la misma.

Asimismo, que el Despacho antes de pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional decretó prueba de oficio, con la cual se acreditó que la Resolución No. 1825 de 2013 se encontraba en firme según lo expuso el CNE, lo que a la fecha no había cambiado.

Por otra parte, que el Partido Opción Ciudadana, al resolver un requerimiento del Despacho Ponente, manifestó que la demandada fue representada en la convención nacional el 31 de mayo y primero de junio de 2013 por el grupo Misión Carismática Internacional, además no tenía que aceptar el cargo directivo, ni posesionarse porque en los estatutos del partido no está dispuesto, de igual manera expresó que por consenso de la convención, la demandada fue elegida como integrante de la directiva nacional.

Asimismo, expuso que la demandada previo a ser directiva aceptó los estatutos de la organización política al vincularse al mismo como militante.

De acuerdo a lo anterior, el debate es de orden legal y la conducta endilgada de la demandada se prueba con la Resolución No. 1825 de 2013 antes enunciada, lo cual demuestra que su elección está viciada por doble militancia y debe ser anulada.

2.1.2. Carlos Leonardo Hernández (2014-00083-00)

Expuso que de conformidad con el escrito de alegatos que allegó, reitera la solicitud de declarar la nulidad del acto de elección de la demandada, porque está probado que incurrió en la prohibición de doble militancia, en razón a que los directivos no pueden participar en las elecciones por un partido diferente. La demandada no renunció a tiempo como se probó en el proceso y de acuerdo con la Resolución No. 1825 de 2013 del CNE y los estatutos del Partido Opción Ciudadana

tienen plena validez. En virtud de lo anterior la prueba cuenta con presunción de legalidad.

Insistió que se tengan en consideración los argumentos expuestos en los alegatos que allegó por escrito y que además la causal de nulidad no fue rebatida por la parte demandada; por tanto, solicita que se declare la nulidad del acto de elección enjuiciado y, en consecuencia, se cancele la respectiva credencial.

2.1.3. Apoderado del coadyuvante

Expuso que no le asiste razón al apoderado de la demandada cuando manifiesta que no existe la doble militancia de su representada. Según el artículo 40 Constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley 1475 de 2011 establece como causal de nulidad esta situación.

De conformidad con las pruebas allegadas se tiene que el 22 de mayo de 2013, la demandada aspiraba por el Partido Opción Ciudadana, lo cual está probado en formulario suscrito por ella en el que reafirma su vínculo como dirigente regional y que acata la ley y sus estatutos

La no presencia de la demanda el 31 de mayo y primero de junio en la convención nacional, no demuestra su desvinculación al partido, pues su "grupo" si asistió como lo prevén los estatutos de la organización política, esto sumado a la posterior renuncia, en su criterio, demuestra su militancia como dirigente regional.

En dicha convención también se nombró a otras personas que fueron candidatos por el mismo partido y no hay aceptación del cargo ni juramento alguno por ninguno de los 126 directivos elegidos.

El 10 de julio de 2013 se protocolizó ante el CNE el acta, los estatutos y las nuevas directivas del partido y el CNE realizó el registro mediante la Resolución 1825 de 2013, la cual fue debidamente notificada y en su contra no se interpuso recurso alguno.

Luego, la demandada renunció al partido Opción Ciudadana el 17 de octubre de 2013 y posteriormente procedió a levantar firmas para apoyar la existencia de un nuevo partido en compañía de otro integrante de opción ciudadana quien al advertir la situación de la doble militancia se apartó de este mecanismo.

De acuerdo con lo anterior y al estar acreditada la doble militancia solicita declarar la nulidad del acto de elección de la señora Chaves.

2.2. Apoderado de la parte demandada

El objeto del litigio se delimitó a que los directivos de un partido deben renunciar en un término no mayor de 12 meses para poder aspirar por otro partido. Entonces la temática tiene

que ver con los actos jurídicos, y es así como de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil se advierte que en efecto la Resolución 1825 de 2013 está vigente pero es ineficaz, por faltar al principio de publicidad.

Los actos jurídicos en los que las partes manifiestan su voluntad, requieren para su validez de la manifestación de esa voluntad, la que en este caso no se demuestra. Pues como lo dicen los demandantes, la demandada no asistió a la convención donde fue elegida directiva, por tanto de conformidad con el artículo 1740 del Código Civil, en este caso, al no demostrarse el consentimiento de la acusada, el acto es nulo de pleno derecho.

Entonces, se debe concluir que el acto jurídico de elección de la demandada como directiva del Partido Opción Ciudadana no le es oponible, no existe. Lo que sería suficiente para no acceder a las pretensiones de la demanda.

Señaló que con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en el radicado 2011-00059, se dijo que los actos administrativos para que sean eficaces tienen que haberse publicado, lo cual se reiteró en diferentes sentencias de la Corte Constitucional y de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En el presente caso, la Resolución No. 1825 de 2013 no es oponible a la demandada porque de conformidad con los artículos 64 a 73 del CPACA, que disponen como se debe notificar los actos administrativos de carácter particular y concreto, como la mencionada resolución, establecen que estos deben ser notificados a los participantes en su realización, en este caso quienes asistieron a la convención del partido, sin embargo solo se le notificó al representante legal de la colectividad.

Adicionalmente, se refirió a los argumentos de los demandantes, para concluir que la demandada nunca se afilió al Partido Opción Ciudadana, pues, la situación de los partidos es reglada y según los artículos 6º y 7º de los estatutos el acto de afiliación es voluntario, se debe diligenciar un formulario y otros requisitos que no se demostraron en el proceso; por lo tanto, no existe la afiliación formal que aduce la parte actora.

Para el efecto, citó que en el radicado No. 2011-1918 la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó que la afiliación a un partido debe ser formal, y en este caso no existe tal formalismo, contrario a lo dicho por la parte actora. Prueba de lo anterior es que en la renuncia por ella presenta no se dice que era en calidad de directiva, lo que demuestra que fue incluida de manera irregular en tales directivas del Partido Opción ciudadana.

Para concluir, manifestó que no se encuentra estructurada la doble militancia endilgada a su representada. Asimismo, expuso que en caso de no dictarse el sentido de la decisión en procura de los derechos de los ciudadanos de Bucaramanga se levantara la suspensión provisional del acto de elección demandado.

2.3. Agente del Ministerio Público

Desde el Acto Legislativo de 2003 en procura de la disciplina de los partidos y su fortalecimiento se estableció la sanción por doble militancia. Hasta la fecha no encuentra que los argumentos en los que se fundó la Sala para decretar la suspensión provisional hayan sido desvirtuados.

La demandada ejercía un liderazgo social y la renuncia al partido dos meses antes de su elección demuestra que sí cumplía una función importante dentro del partido y en su dirección.

Encuentra agotado en debida forma el procedimiento adelantado, las partes se esforzaron en demostrar sus argumentos, pero considera que la decisión de suspensión provisional se ajusta a la legalidad y no encuentra razones valederas para apartarse de la misma y se atiene a la decisión que adopte la respectiva Sala.

Una vez escuchados los alegatos de las partes, se decretó un receso de 20 minutos a efectos de que la Sala pudiera estudiar las argumentaciones expuestas antes de continuar con el desarrollo de la diligencia.

Transcurrido el tiempo señalado nuevamente ingresaron al recinto todos los sujetos procesales y los señores Consejeros de Estado.

Acto seguido la Consejera Ponente informó que la Sección Quinta luego de estudiar los argumentos expuestos por todos los intervinientes de cara a las demandas, la fijación del litigio y las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso anunció que el sentido del fallo en este evento sería el siguiente:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad de la elección de la ciudadana Johana Chaves García como Representante a la Cámara, por el departamento de Santander, período 2014 - 2018.

SEGUNDO: En consecuencia, **CANCÉLESE** la credencial de Congresista, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de esta sentencia de conformidad con el numeral 3º artículo 288 en concordancia con el artículo 275.8 del CPACA.

TERCERO: Como consecuencia de la decisión anulatoria declarar que la medida de suspensión de los efectos del acto de elección de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** que se había impuesto como medida cautelar se torna en definitiva.

CUARTO: COMUNÍQUESE la decisión al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la ley 5ª de 1992.

QUINTO: COMUNÍQUESE al Presidente de la Cámara de Representantes, para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

Finalmente se puso de presente que de conformidad con lo previsto por el artículo 182 del CPACA el texto definitivo de la sentencia se consignaría por escrito y sería notificado por estado (artículo 295 del CGP) dentro de los 10 días siguientes a la diligencia.

V. CONSIDERACIONES

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3^o del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13.4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁴³.

El Acto demandado es el Formulario E26 CA de fecha 21 de marzo de 2014, únicamente en lo relacionado con el acto declaratorio de la elección de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander.

El problema jurídico a resolver, conforme a la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, radica en determinar si la elección de **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander es nula, porque su elección se realizó estando incurso en doble militancia al tenor de lo previsto por el inciso tercero del artículo 2^o de la Ley 1475 de 2011, configurándose la causal consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Lo anterior, conforme al fundamento fáctico del libelo introductorio, porque la señorita **CHAVES GARCÍA** se inscribió como candidata del hoy Partido **CENTRO DEMOCRÁTICO** el 9 de diciembre de 2013, habiendo sido directiva del **PARTIDO OPCIÓN CIUDADANA** desde el 1^o de junio de 2013 hasta el **17 de octubre de 2013** incurriendo en la prohibición que consagra el inciso tercero del artículo 2^o de la Ley 1475 de 2011, sin que transcurrieran los 12 meses que exige la norma, con lo cual estaba incurso en la causal de anulación consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Para analizar y resolver el problema jurídico, se asumirán los siguientes aspectos, relevantes para abordar el estudio del caso concreto, así:

1. Los partidos políticos y su organización interna

Los partidos políticos en el sentido moderno de la palabra, como lo explica Maurice Duverger⁴⁵, datan apenas de hace un siglo. En 1850 en ningún país del mundo existían partidos políticos como

los conocemos hoy (excepto en Estados Unidos), y su desarrollo parece ligado al de la democracia, es decir a la extensión del sufragio popular y de las prerrogativas parlamentarias.

La noción de partido político⁴⁶ ha ido variando cronológicamente en la medida que han ido cambiando los enfoques de la ciencia política, y aunque “*toda aproximación conceptual adolecerá siempre, al igual que una teoría global sobre su origen, de una radical insuficiencia, que no es posible elaborar definiciones de los partidos políticos válidas para todo tiempo y lugar*”⁴⁷ hay algunas nociones⁴⁸ de partido, como son:

- a. organizaciones que tienen como objetivo ejercer el poder en el seno de un Estado o un ente políticamente autónomo,
- b. agrupaciones de personas que tienen creencias, valores y actitudes similares,
- c. si pueden hacerlo, intentarán participar en los procesos electorales que se celebren, y
- d. utilizan medios legítimos para lograr sus objetivos.

En cuanto a los conceptos de organización y estructura de los partidos políticos, la doctrina ha señalado que⁴⁹ **la estructura**⁵⁰ es un sistema estable, coordinado y relativamente permanente de la **organización**.

Asimismo, determinar la estructura de los partidos políticos es una labor sencilla cuando existen estatutos en donde se establecen las posiciones y funciones de sus miembros⁵¹, —como en nuestro país, en donde para obtener la personería jurídica como partido político se requiere presentar los estatutos, en los cuales deben incluir sus autoridades, órganos de Gobierno y administración—.

Sobre la dirección de los partidos se dice que⁵² las estructuras

46 Partidos Políticos y Sistemas de Partidos. Edición de Miguel Martínez Cuadrado y Manuel Mella Márquez. Editorial Trotta. Madrid. 2012.

47 Ídem.

48 Ídem.

49 George Friedmann en Partidos Políticos y Sistemas de Partidos. Edición de Miguel Martínez Cuadrado y Manuel Mella Márquez. Editorial Trotta. Madrid. 2012. Pág. 122. la organización tiene una estructura que se caracteriza por ser un sistema estable y coordinado de relación entre las funciones (Kliksberg, 1978:27). La Estructura de la organización es por tanto, el modo relativamente permanente de la organización (...)

50 Entendiendo el concepto de estructura desde la definición de Peter Druker como “el medio para alcanzar objetivos y las metas de una institución”

51 Partidos Políticos y Sistemas de Partidos. Edición de Miguel Martínez Cuadrado y Manuel Mella Márquez. Editorial Trotta. Madrid. 2012. Pág. 123. “(...) la determinación de la estructura es una labor sencilla cuando se ha desarrollado completamente un diagrama donde aparecen las líneas de autoridad y comunicación, o cuando existen unos estatutos donde se especifican las posiciones y funciones de sus miembros (...)” (resaltado fuera de texto).

52 Maurice Duverger. Los Partidos Políticos. Fondo de Cultura Económica. México. 2010. Pág. 163 y 165. “la estructura del poder es el resultado de un par de fuerzas antagónicas. Las creencias, por una parte; las necesidades práctica por otra. En consecuencia, la dirección de los partidos —como la mayoría de los grupos sociales actuales: sindicatos, asociaciones, sociedades comerciales, etc.— presenta el doble carácter de una apariencia democrática y de una realidad oligárquica (...)” “(...) oficialmente los dirigentes de los partidos son elegidos, casi siempre, por los miembros

del poder en su interior, son el resultado de creencias por un lado y necesidades prácticas por otro, por lo que presentan un doble carácter: democrático y oligárquico, aunque oficialmente sus dirigentes son elegidos democráticamente por sus miembros y provistos de un mandato breve.

En la Constitución Política de 1991 se garantiza la participación democrática a todos los ciudadanos con diferentes instrumentos, entre los que se encuentra la facultad de organizarse en partidos políticos. El artículo 40 de la Carta consagra como fundamental el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que incluye específicamente la posibilidad de **constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna**.

Asimismo el artículo 107 de la Carta⁵³ garantiza a todos los ciudadanos el derecho a **fundar, organizar y desarrollar** partidos y movimientos políticos y la libertad de **afiliarse** a ellos o de **retirarse**, frente a lo cual la Corte Constitucional ha considerado es una manifestación activa del estatus de ciudadano⁵⁴.

En cuanto a la dirección y organización de los partidos, la Constitución Política establece en el artículo 107, que estos se organizarán democráticamente (Reforma Política de 2003) y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos (Reforma Política de 2009), además desde 2003 se prohibió a los ciudadanos en general la pertenencia simultánea a más de un partido o movimiento político –doble militancia–.

En el Acto legislativo 01 de 2009 (Reforma Política de 2009) se incluyó además, la responsabilidad de los partidos políticos frente a (i) las violaciones o contravenciones de las normas de su organización, funcionamiento o financiación, y (ii) avalar candidatos, elegidos en cargos o corporaciones públicas de elección popular que resultaren condenados en el ejercicio del cargo por delitos relacionados con vinculación de grupos armados ilegales, narcotráfico o los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad.

En la Ley 130 de 1994⁵⁵ se definen los partidos y los movimientos

y provistos de un mandato bastante breve, de acuerdo con las reglas democráticas (...) (resaltado fuera de texto).

53 Art. 107 de la Constitución Política de 1991. (inicial sin reformas) Se garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

54 Sentencia C-089 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “El derecho a constituir partidos y movimientos políticos, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano colombiano, con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Este derecho es una manifestación activa del status de ciudadano, el cual comprende un conjunto de derechos y deberes que, en su conjunto, dan cuerpo y califican la relación de los nacionales con el poder político y describen una faceta de las personas como partícipes actuales o potenciales de la organización del Estado. La limitación del derecho analizado que se descubre en el artículo, se deriva, pues, de la relatividad de los derechos políticos que la misma Constitución establece”.

55 “Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”

políticos, como instituciones que reflejan el pluralismo político⁵⁶. Igualmente la ley estatutaria de partidos y movimientos políticos⁵⁷ consagra normas sobre su organización y funcionamiento, en el que se establece un margen de libertad y autonomía que solo se encuentra limitado por los principios de transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género y que no contraríen la Constitución, la ley, las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, y las propias decisiones de sus autoridades internas.

La Ley 1475 de 2011, Estatutaria de los Partidos Políticos, señala los requisitos mínimos para su organización y funcionamiento, entre los que se destacan, el respeto de los principios señalados en los estatutos, **la prohibición de la doble militancia**, la obligación del registro ante la organización electoral, el contenido mínimo de los estatutos⁵⁸, entre otras particularidades.

56 “Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.

Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones”.

57 Así como la citada Ley 130 de 1994.

58 1. Denominación y símbolos.

2. Régimen de pertenencia al partido o movimiento políticos en el que se señalen reglas de afiliación y retiro, así como los derechos, deberes y prohibiciones de sus miembros.

3. Autoridades, órganos de dirección, Gobierno y administración, y reglas para su designación y remoción.

4. Convocatoria, fecha y demás aspectos relacionados con la reunión de la convención del partido o movimiento político, o de su máximo órgano de dirección, la cual deberá realizarse por lo menos cada dos (2) años, y garantizar a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

5. Autoridades, órganos de control, entre estos el Consejo de Control Ético y el Veedor de la respectiva organización, junto con las reglas para su designación y remoción.

6. Deberes de los directivos, entre ellos el de propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas.

7. Regulación interna del régimen de bancadas en las corporaciones de elección popular.

8. Mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas por los órganos de dirección, Gobierno, administración y control, así como por las respectivas bancadas.

9. Código de Ética, en el que se desarrollen los principios de moralidad y el debido proceso, y en el que se fijen, además, los procedimientos para la aplicación de las sanciones por infracción al mismo, mínimos bajo los cuales deben actuar los afiliados a la organización política, en especial sus directivos.

10. Postulación, selección e inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular mediante mecanismos democráticos teniendo en cuenta el deber de garantizar la equidad de género.

11. Consultas internas, populares o el proceso de consenso para la selección de candidatos a cargos o corporaciones de elección popular y para la toma de decisiones con respecto a su organización o la reforma de los estatutos.

12. Régimen disciplinario interno, en el que se adopten mecanismos para sancionar la doble militancia, así como para separar del cargo a sus directivos cuandoquiera que no desempeñen sus funciones conforme a la Constitución, la ley y los estatutos.

13. Financiación de los partidos o movimientos políticos, de las campañas y, en particular, la forma de recaudo de contribuciones y donaciones, control al origen y cuantía de las mismas, distribución de la financiación estatal, apoyo financiero a sus candidatos, y publicidad de todo ingreso y gasto.

14. Procedimiento de formulación, aprobación y ejecución de su programa y de su presupuesto.

15. Sistema de auditoría interna y reglas para la designación del auditor, señalando los mecanismos y procedimientos para el adecuado manejo de

Específicamente, sobre la dirección y organización de los partidos políticos, la Ley 1475 de 2011, establece en el artículo 4º, que los estatutos de los partidos - que deben ser presentados para el otorgamiento de su personería jurídica⁵⁹-, tienen que contener indefectiblemente, entre otros asuntos: (i) un régimen de pertenencia al partido o movimiento políticos en el que se señalen reglas de **afiliación y retiro**, así como los derechos, deberes y prohibiciones de sus miembros, (ii) **autoridades, órganos de dirección, Gobierno y administración**, y reglas para su designación y remoción, (iii) **Deberes de los directivos**, entre ellos el de propiciar procesos de democratización interna y el fortalecimiento del régimen de bancadas, (iv) **Mecanismos de impugnación de las decisiones adoptadas por los órganos de dirección, Gobierno, administración y control**, así como por las respectivas bancadas, (v) Postulación, selección e inscripción de candidatos a cargos y corporaciones de elección popular mediante mecanismos democráticos teniendo en cuenta el deber de garantizar la equidad de género.

Teniendo claro el panorama normativo sobre estructura, dirección, afiliación y retiro, entre otros temas, es innegable que son muchas las vicisitudes que a diario acontecen dentro del trasegar de la conformación y el ejercicio partidista, como parte de la dinámica activa y en constante cambio de uno de los sujetos protagónicos de la democracia como son los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Entre tales situaciones se encuentra la doble militancia.

2. La doble militancia

2.1. Evolución de la “doble militancia”

En el ordenamiento jurídico colombiano la doble militancia surgió con la Reforma Política del Acto Legislativo 01 de 2003,

que tenía como finalidad el fortalecimiento de los partidos políticos.

Basándose en ese diagnóstico, el proyecto de Acto Legislativo propuso fórmulas para solucionar esos defectos del sistema, entre los cuales se destacaban, además de la prohibición de la doble militancia de los ciudadanos en general, requisitos más exigentes para la creación de partidos, inclusión de la figura del umbral electoral, limitación del derecho de postulación, con la definición del máximo de candidatos o listas de cada partido o movimiento, y la posibilidad para el legislador de imponer requisitos para la inscripción de candidaturas o listas.

Sobre la doble militancia en el informe de la ponencia para primer debate del 30 de septiembre de 2002 de Senado se señaló⁶⁰:

“Los proyectos proponen además que se establezcan limitantes a la posibilidad de pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político, pero con una diferencia. Mientras que en el Proyecto 01 la prohibición se aplica a todos los ciudadanos, en el Proyecto 03 la limitación se aplica solo a los candidatos o elegidos. La mayoría de los ponentes considera que el objetivo de fortalecer los partidos se alcanza de mejor manera por la vía propuesta en el Proyecto 01, en el entendido de que, en todo caso, no es obligatorio pertenecer a ningún partido. No obstante, **una vez decidida autónomamente la militancia por parte del ciudadano, esta debe implicar responsabilidades y compromisos, que garantizaría mejor la prohibición a la doble militancia para todos los ciudadanos y no solo para los candidatos o elegidos**” (negritas fuera de texto).

De conformidad con lo reseñado, sobre el fundamento de la prohibición, instituida para los ciudadanos en general, como una medida más para el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos y como no se precisó una consecuencia concreta frente a quien incurriera en dicha prohibición, ni para los ciudadanos, ni para los que resultaren elegidos con el aval de un partido político, la posición reiterada de esta corporación sobre las consecuencias de la doble militancia, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2003 fue que no constituía por sí sola inhabilidad para acceder a cargos públicos, y por ende no podía derivarse nulidad electoral ni pérdida de investidura⁶¹:

la financiación estatal del funcionamiento y de las campañas.

16. Utilización de los espacios institucionales en televisión y en los medios de comunicación para efectos de la divulgación política y la propaganda electoral.

17. Reglas que desarrollen los deberes a cargo de los partidos o movimientos políticos, y

18. Reglas de disolución, fusión con otros partidos o movimientos políticos, o escisión y liquidación.

59 Artículo 3º. Ley 130 de 1994. Reconocimiento de personería jurídica. El Consejo Nacional Electoral reconocerá y otorgará personería jurídica a los partidos y movimientos políticos previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Solicitud presentada por sus directivas.

2. Copia de los estatutos.

3. Probar su existencia con no menos de cincuenta mil firmas o con la obtención en la elección anterior, de por lo menos la misma cantidad de votos o de representación en el Congreso de la República.

4. Presentar un documento que contenga la plataforma política del partido o movimiento, expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones que lo identifiquen.

Para efectos de este artículo no podrán sumarse los votos obtenidos en circunscripción nacional con los obtenidos en circunscripciones territoriales o especiales, ni los de estas con los de aquéllas.

El Consejo Nacional Electoral no demorará más de treinta (30) días hábiles en estudiar una solicitud de obtención de personería jurídica.

60 Ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 01 de 2002, por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones, acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2002, por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y el 07 de 2002, por medio del cual se reforman los artículos 107, 109, 112, 113, 134, 171, 176, 258, 264, 266 y 281 de la Constitución Política de Colombia.

61 Sentencia del 3 de febrero de 2006. Sección Quinta. Consejo de Estado. M. P. Filemón Jiménez Ochoa. Rad. 68001-23-15-000-2003-02787-01(3742)

"La Sala Plena Contencioso Administrativa de esta Corporación⁶² y esta Sala de Decisión,⁶³ ya se han pronunciado en el sentido de que la inobservancia de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 107 constitucional, sobre doble militancia política, por sí sola no constituye una inhabilidad para acceder a cargos o corporaciones públicas de elección popular, de la que puedan derivarse las causales de pérdida de investidura o de nulidad electoral. Lo anterior por cuanto dicha prohibición está dirigida a los ciudadanos en general y su fin primordial es lograr el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, en tanto que las inhabilidades, al igual que las incompatibilidades, están encaminadas a garantizar una actividad transparente en el ejercicio de la función pública".

Posteriormente, en agosto de 2008, con el objetivo de "profundizar en la democratización interna de los partidos, su fortalecimiento y su responsabilidad política, dentro de un marco programático y de transparencia en las relaciones entre los poderes públicos, y consciente de la necesidad urgente de proteger el sistema democrático del influjo de agentes y organizaciones criminales"⁶⁴. Se presentó el proyecto de reforma constitucional que fue aprobado y expedido el 14 de julio de 2009.

En el Acto Legislativo 01 de 2009 se reiteraron las citadas prohibiciones relacionadas con la doble militancia, y como ya se indicó se añadió, además de la responsabilidad de los partidos en la concesión de avales y otras medidas, que quien siendo miembro de una corporación pública decidiera presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, debería renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

En el párrafo 2º del artículo 1º del Acto Legislativo también se previó que el legislador, mediante la respectiva ley estatutaria, desarrollaría este asunto.

Luego de la reforma constitucional de 2009, la jurisprudencia de esta Sección sobre las consecuencias de la doble militancia se mantuvo, al considerar que la norma que contenía la prohibición resultaba idéntica, y se señaló⁶⁵:

"Como se ve, el Constituyente derivado en las sucesivas reformas ha incrementado la disciplina de las agrupaciones políticas para fortalecer el sistema de bancadas.

Del texto del artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, se puede determinar que se mantiene idéntica la prohibición prevista desde el año 2003 en el sentido de que **i)** "En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica"; de igual manera, se mantuvo incólume que **ii)** "Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral".

El Acto Legislativo 01 de 2009, agregó: **iii)** "Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones". Autorizó a que, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo [14 de julio de 2009]⁶⁶, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul "o incurrir en doble militancia", siempre y cuando se realice dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo.⁶⁷

Por otra parte, el constituyente derivado previó que el legislador, por conducto de una ley estatutaria, desarrollara este artículo.⁶⁸

En acatamiento del mandato otorgado por el párrafo transitorio 2º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2009, se profirió la Ley Estatutaria 1475 de 14 de julio 2011⁶⁹ "Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones"

El artículo 2º de la referida Ley Estatutaria desarrolló la doble militancia de la siguiente forma:

"PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

62 Sentencias PI-1441 y PI-1463 del 11 y 25 de mayo de 2004, respectivamente.

63 Sentencia del 26 de Agosto de 2004. Exp. 3343, en que se confirmó la Sentencia del 18 de marzo de 2004 del Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las súplicas de la demanda contra la elección de la señora Elaine Mincla Zabaleta Montero como Alcaldesa Municipal de El Molino para el periodo 2004-2007.

64 Exposición de motivos, proyecto de Acto Legislativo 01 de 2009,

65 Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicación: 630012331000201100311 01 .Expediente: 2011-0311. M. P. Mauricio Torres cuervo. Entre otras Sent. 30-06-2011. Exp. 11001-03-28-000-2010-00062-00 M. P. Susana Buitrago.

66 En razón a que el artículo 15 de la enmienda prevé: "El presente Acto Legislativo regirá a partir de su promulgación", y ello se realizó en el Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009.

67 Párrafo transitorio 1º.

68 Párrafo transitorio 2º.

69 Publicada en el Diario Oficial No. 48.130 de 14 de julio de 2011.

Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.

El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción.

Parágrafo. Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia”.

El legislador estatutario extendió el ámbito de aplicación de la figura de la doble militancia, pues eliminó la expresión que imponía que el partido o movimiento político debía contar con personería jurídica, que venía desde el Acto Legislativo 01 de 2003. En consecuencia, dispuso que: “...En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político”.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 490 de 2011, al revisar la constitucionalidad del citado artículo, determinó que, “*el legislador estatutario puede incorporar una regulación más exigente o extensiva respecto a la prohibición de doble militancia*” y, por ende, extendió la prohibición a las agrupaciones políticas sin personería jurídica.

En síntesis, argumentó que “...*tanto las agrupaciones políticas con personería jurídica o sin ella, están habilitadas para presentar candidatos a elecciones, las segundas supeditadas al apoyo ciudadano a través de firmas. En ese orden de ideas, si*

tanto una como otra clase de agrupaciones pueden presentar candidatos y, a su vez, uno de los ámbitos de justificación constitucional de la doble militancia es la preservación del principio democrático representativo, mediante la disciplina respecto de un programa político y un direccionamiento ideológico, carecería de todo sentido que la restricción solo se aplicara a una de las citadas clases de agrupación política”.

Según esta Sección⁷⁰, “...*lo anterior es de la mayor importancia, porque antes de la vigencia de la Ley 1475 de 2011 y con ello, de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, la figura de la doble militancia, según el texto constitucional y para la jurisprudencia de esta Corporación, comportaba únicamente la prohibición de “pertenecer a más de un partido o movimiento político con personería jurídica, de suerte que si la organización política carecía de personería jurídica, no podría configurarse doble militancia política*”.⁷¹

En resumen, en la actualidad la doble militancia comporta 5 modalidades⁷², así:

- **En el Acto Legislativo 01 de 2009**

La doble militancia según la norma constitucional vigente, se materializa en tres situaciones:

La primera, una prohibición dirigida a los ciudadanos de manera general “*En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica*”.

La segunda, que no está dirigida a los ciudadanos de manera general, sino a quienes participen en consultas de partidos o movimientos políticos o en consultas interpartidistas “*Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral*”.

La tercera prevista en el último inciso del artículo 107 en los siguientes términos. “*Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones*”.

- **En la Ley 1475 de 2011**

En el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 se definió la doble militancia, se adicionaron otras dos conductas prohibitivas para los directivos de los partidos y movimientos políticos y,

⁷⁰ Sentencia del 1 de noviembre de 2012. C. P. Mauricio Torres Cuervo, Exp. 2011-0311. Actor: Jesús Antonio González.

⁷¹ Ver, entre otras, sentencias de la Sección Quinta de 8 de febrero de 2007, Rad. 11001-03-28-000-2006-00107-00(4046) C. P. Darío Quiñones; 23 de febrero de 2007, Rad. 11001-03-28-000-2006-00018-00(3982-3951). C. P. Reinaldo Chavarro.

⁷² Sentencia del 1 de noviembre de 2012. C. P. Mauricio Torres Cuervo, Exp. 2011-0311. Actor: Jesús Antonio González.

finalmente, se previó la forma como sería sancionada la transgresión de la norma.

La cuarta prevista en la ley estatutaria relacionado con la doble militancia consagrado como: “*Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones*”

Y una quinta situación relacionada también con los directivos así: *Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.*

2.2. Sobre la sanción de la doble militancia

De igual forma es en la Ley 1475 de 2011, que se prevé la consecuencia de la prohibición así: “*El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción*”

Asimismo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró en vigencia el 2º de julio de 2012, establece la doble militancia como causal de nulidad electoral así:

Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política ~~al momento de la elección~~⁷³.

Sobre el particular, a partir de enero de 2013, esta Sala de Decisión replanteó la concepción que traía sobre las

⁷³ Texto subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-334 de 2014.

consecuencias de la doble militancia relacionadas con los candidatos que participaran en consultas y los miembros de Corporaciones, frente a la validez del acto de elección y adoptó una nueva visión sobre el significado de esa norma y las consecuencias de la doble militancia frente a la validez del acto de elección así⁷⁴:

“En ese orden de ideas, los eventos o situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003, implican, entonces, a contrario sensu, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada”.

Dentro de este contexto, la posición mayoritaria de la Sala⁷⁵ señaló que las situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003 (con las modificaciones del Acto Legislativo 01 de 2009), implican, entonces, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada.

Asimismo en sentencia de 23 de octubre de 2013⁷⁶, esta Sección⁷⁷ declaró la nulidad del acto de elección del diputado del Huila, Luis Carlos Anaya Toro, por encontrarlo incurso en doble militancia en la modalidad prevista en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, por no renunciar a la curul de Concejal por el Partido Verde, dentro del término inhabilitante de 12 meses anteriores a la inscripción por otro partido, y tampoco haber ingresado al Partido de la U, por el que resultó elegido como Diputado, en el período de dos meses que establecía el Acto Legislativo 01 de 2009, lapso en el que estaba facultado para hacerlo sin incurrir en doble militancia.

También, en sentencia de 12 de septiembre de 2013⁷⁸, sobre la doble militancia como causal de nulidad se señaló:

“Ahora bien, en la actualidad, la discusión sobre el eventual fundamento de una nulidad electoral por incurrir en la prohibición de doble militancia, se torna en bizantina con la entrada en vigencia del Nuevo

⁷⁴ Entre otras, ver sentencias del 7 de febrero de 2013, C. P. Susana Buitrago Valencia. Expedientes: 2011-0666 y 2012-0026. 18 de noviembre de 2013, Expediente 2012-00052-01.

⁷⁵ Salvamento de voto consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 2012-00052-01. 18 de noviembre de 2013.

⁷⁶ M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad.410012331000201200052-01.

⁷⁷ Con salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, por considerar que no era aplicable la consecuencia de la declaratoria de la nulidad de la elección en ese caso concreto por incurrir en doble militancia, toda vez que para el inicio de la época de inscripción no había entrado en vigencia la Ley 1475 de 2011, y tampoco para el momento en que empezaba el término inhabilitante había sido expedida la norma prohibitiva.

⁷⁸ M. P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 250002331000201100775-02.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

En efecto, la Ley 1437 de 2011, consagró la doble militancia como una causal expresa de nulidad para los actos que declaren una elección de carácter popular, razón por la cual, con su entrada en vigencia, las elecciones pueden ser demandadas con fundamento en ello, habiéndose disipado así cualquier duda sobre el particular.

Lo expuesto significa que, sin lugar a dudas, **actualmente**⁷⁹ la doble militancia es causal de nulidad electoral y, como tal, tendrá plena eficacia para los comicios electorales que hayan de realizarse en un futuro próximo”.

Así las cosas, no hay duda que actualmente la doble militancia es causal de nulidad electoral. En efecto así fue consagrado en el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, y precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-334 de 2014, en lo relacionado con el momento en que se configura la conducta, así:

“Al analizar la expresión: “al momento de la elección”, contenida en el numeral 8 del artículo 275 y en el literal a) del numeral 1 del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, que regula las causales de anulación electoral y el contenido del auto admisorio de la demanda y las formas de practicar su notificación y, al hacerlo, fijar como hito temporal para verificar si el candidato incurre o no en doble militancia dicho momento, este tribunal constató que la misma desconoce las reglas constitucionales y estatutarias que precisan en qué momento el candidato incurre en doble militancia”⁸⁰.

3. De las pruebas que obran en el expediente

A continuación se relacionan todos los documentos obrantes en el proceso, allegados de manera oportuna: aportados con las demandas y sus contestaciones, solicitados por las partes y decretados en la audiencia inicial, que serán valorados de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación⁸¹ y la sana crítica, es decir se da plena validez a las copias, teniendo

79 Una vez entraron en vigencia las leyes 1437 y 1475 de 2011.

80 Corte Constitucional. Sentencia C-334 de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo.

81 Sentencia de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, M. P. Enrique Gil Botero. Sentencia de 26 de febrero de 2014. Exp. 02412-01(29465). Olga Mérida Valle de la Hoz. “La Sala considera necesario pronunciarse acerca del valor probatorio de las copias simples aportadas al plenario. La Sala las valorará conforme al precedente jurisprudencial de Sala Plena de la Sección Tercera, que ha indicado que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial. (...) Los medios de prueba, fueron aportados y solicitados tener como prueba con la demanda, decretados en el auto respectivo de primera instancia y allegados en el período probatorio, es decir, de manera oportuna y regular, por lo que serán valorados conforme a los principios que informan la sana crítica.

en cuenta que estas han sido sometidas a los principios de contradicción y defensa de las partes.

1. Demanda 2014-00057-00

1. Anexadas y/o adicionadas con la demanda (2014-00057-00), las siguientes:

- 1.1. Copia del memorial de solicitud ante el Consejo Nacional Electoral de inscripción de la Directiva Nacional del Partido Opción Ciudadana antiguo PIN conforme al artículo 9º de la Ley 1475 de 2011 (fls. 61 a 66 cuaderno 1);
- 1.2. Copia de la Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral mediante la cual se inscribe a la demandada **JOHANA CHAVES GARCÍA** como miembro directivo del Partido Opción Ciudadana (fls. 49 a 58 cuaderno 1);
- 1.3. Copia del memorial mediante el cual la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** presenta renuncia a la militancia y a la precandidatura a la Cámara de Representantes ante el Presidente del Directorio Departamental del Partido Opción Ciudadana del 17 de octubre de 2013 (fl. 187 cuaderno 1);
- 1.4. Copia del formulario E6 CT de la Registraduría Nacional del Estado Civil donde se inscribe la candidatura de la demandada a la Cámara de Representantes en el departamento de Santander por el Centro Democrático el día nueve (9) de diciembre de 2013 y carta de aceptación de la postulación suscrita por la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** (fls. 188,189 y 191 cuaderno 1);
- 1.5. Copia del oficio de abril 3 de 2014 suscrito por el Presidente Nacional del Partido Opción Ciudadana en el que le informa a **JOHANA CHAVES GARCÍA** sobre su debida inscripción ante el Consejo Nacional Electoral como miembro de la Dirección Nacional del partido y sobre el efecto de su renuncia a partir del 17 de octubre de 2013 respecto a su cargo en la Dirección Nacional del partido (fl. 228 cuaderno 1);
- 1.6. Copia del formulario E-26 CA expedido por la Organización Electoral donde se declaró la elección de la doctora **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander a nombre del Centro Democrático (fl. 46 cuaderno 1).

- 1.7. Copia del formulario de inscripción para aspirantes a integrar la lista de candidatos a la Cámara de Representantes, en la circunscripción electoral de Santander, por el Partido de Integración Nacional para el periodo 2014-2018. Suscrito por **JOHANA CHAVES GARCÍA**. (fl. 268 cuaderno 1)
2. Solicitadas⁸² por el Despacho ponente previo a decidir sobre la admisión y la medida de suspensión provisional dictados en el auto del 13 de agosto de 2014:
- 2.1. Copia del Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014 (anexo No. 1 respuesta Oficio No. 2014-49).
- 2.2. Copia autenticada del expediente que culminó con la Resolución No. 1263 de 18 de marzo de 2014 “*Por medio de la cual se avoca conocimiento de la solicitud de abstenerse de declarar la elección de JOHANA CHAVES GARCÍA como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, inscrita por el GSC Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande, en las elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014, y se adoptan otras determinaciones*” proferida por el Consejo Nacional Electoral. (anexos 1,2 ,3 y 4 respuesta oficio No. 2014-49)
3. De las aportadas por el apoderado de la demandada en la contestación, y recurso de reposición frente a la medida de suspensión provisional:
- 3.1. Copia de certificación de la Alta Consejera Presidencial para la Mujer (fls. 221, 500, 537 Cuaderno 1).
- 3.2. Certificación del Representante Legal de la Misión Carismática Internacional (fl. 530, y 2 copias que no coinciden exactamente con el original a folios 289 y 502 cuaderno 1).
- 3.3. Pasajes de la aerolínea Avianca Bucaramanga-Bogotá del 30 de mayo de 2013, Bogotá- Bucaramanga del 01 de junio de 2013 Bogotá- Bucaramanga del 03 de junio de 2013, a nombre de la señora **JOHANA CHAVES** (fls. 290-291, 503-504 del cuaderno No. 1).
- 3.4. Documento suscrito por el doctor Pedro Felipe Gutiérrez ante el Consejo Nacional Electoral (fls. 292- 306, 505-519 del cuaderno 1).
- 3.5. Solicitud revocatoria directa dirigida al Consejo Nacional Electoral (fls. 403-415, 520-529 del cuaderno 1).
- 3.6. Copia del Acuerdo No. 003 de 30 de mayo de 2014 expedido por el CNE (cuaderno anexo recurso de reposición.)
- 3.7. Copia del expediente que se adelantó ante el Consejo Nacional Electoral (cuaderno anexo recurso de reposición).
- 3.8. Copia de la Resolución No. 3035 de julio 23 de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral mediante el cual reconoce personería Jurídica al partido Centro Democrático y se inscriben los nombres de las personas que han sido designadas para dirigirlo e integrar sus órganos de Dirección, Gobierno y Administración (fls. 528-529)
- 3.9. Documento titulado *control de ingresos* de Avianca, en el que se señala trayecto volado: Bucaramanga-Bogotá vuelo 8447 el 30 de mayo de 2013 y Bogotá-Bucaramanga 3 de junio de 2013 vuelo 9476. Nombre pasajero **CHAVEZ/JOHANA** (fl. 531)
- 3.10. Fotografías (fls. 532-533)
4. De la prueba aportada por el demandante frente al recurso de súplica presentado por el abogado defensor por la negativa de aceptación de las excepciones.
- 4.1. Resolución No. 030 del 20 de enero de 2015, proferida por el Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual negaron la solicitud de Revocatoria Directa con efectos retroactivos contra el artículo 4 de la Resolución No. 1825 de 10 de julio de 2013, presentada por el apoderado de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA**⁸³.

Demanda 2014-00083-00

1. Anexadas y/o adicionadas con la demanda (2014-00083-00), las
- 1.1. Copia Auténtica del Acuerdo 003 emanado del CNE el 30 de mayo de 2014 (acto acusado) con su respectiva constancia de notificación del 04 de Junio de 2014 - “*Por medio del cual se resuelve las vacíos u omisiones de la Comisión Escrutadora Departamental de Santander, se ordena notificar la declaración de la elección de Representantes a la Cámara por el departamento de Santander periodo 2014-2018 y entregar las correspondientes credenciales*”⁸⁴.
- 1.2. Copia Simple del E26 CA (acto acusado) correspondiente al resultado del escrutinio - elección de Cámara de representantes para las elecciones del 09 de marzo de 2009, el cual se ordenó notificar mediante el acuerdo 003 de mayo 30 a partir del 04 de junio de 2014⁸⁵.

83 Folio 1697 al 11713 – Exp. 2014-00057-00.

84 Folio 22 al 36 – Exp. 2014-00083-00.

85 Folio 37 al 56 – Exp. 2014-00083-00.

82 Auto de 16 de mayo de 2014. Folio 251 del cuaderno 1A.

- 1.3. Copia del Acta de la Convención Nacional del Partido de Integración Nacional (PIN) celebrada los días 31 de mayo y 01 de junio de 2013⁸⁶.
- 1.4. Copia de los Estatutos del Partido Opción Ciudadana⁸⁷.
- 1.5. Copia de la Resolución No. 1825 del día 10 de julio de 2013 emanada del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL *“por medio del cual se reforma el Partido de Integración Nacional “PIN”, se registra una reforma de los Estatutos, Cambio de Nombre y de Logotipo, se inscribe el Nuevo Comité Ejecutivo Nacional, el Consejo de Control Ético, el Veedor y el Auditor Interno, la Dirección Nacional del partido Opción Ciudadana, antiguo Partido de Integración Nacional (PIN)”*⁸⁸.
- 1.6. Copia de la renuncia de **JOHANA CHAVES GARCÍA** al Partido Opción Ciudadana datada el 17 de octubre de 2013⁸⁹.
- 1.7. Copia de la aceptación de la candidatura a la Cámara de Representantes de **JOHANA CHAVES GARCÍA** por el GSC Centro Democrático el día 9 de diciembre de 2013⁹⁰.
- 1.8. Copia de la solicitud para la inscripción de la lista de candidatos y constancia de aceptación de candidatura con firmas de apoyo y póliza de seriedad para Cámara territorial en las elecciones del 9 de marzo de 2014 periodo 2014-2018. Documento suscrito el 9 de diciembre de 2013⁹¹.
- 1.9. Copia de la certificación que el número de firmas allegadas para el apoyo de la inscripción de la lista supera el número exigido para la inscripción de la misma⁹².
- 1.10. Copia de la Resolución No. 1263 de 18 de marzo de 2014 emanada del CNE, *“Por medio de la cual se avoca conocimiento de la solicitud de abstenerse de declarar la elección de **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, inscrita por el GSC Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande, en las elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014 y se adoptan otras determinaciones”*⁹³.
- 1.11. Copia del oficio 2014001056 de los Delegados del Registrador Nacional en Santander donde se le aclara al CNE que la elección no se produjo y que el E 26 no está firmado en su última hoja⁹⁴.
- 1.12. Copia de la hoja 20 del E26 autenticada sin firma⁹⁵.
- 1.13. Copia del oficio remitido por el presidente del CNE a los Delegados en Santander donde solicita aclaración sobre porqué se expidió el E26⁹⁶.
- 1.14. Copia del Acta General de Escrutinio del departamento de Santander para la elección de Congreso de la República el 9 de marzo de 2014⁹⁷.
- 1.15. Copia de un pantallazo de una entrevista rendida por **JOHANA CHAVES GARCÍA** a Caracol Radio el día 22 de marzo de 2014 donde reconoce que “en el mes de octubre del año pasado fui precandidata al Congreso por el Partido Opción Ciudadana pero renuncié y me enlisté en el Centro Democrático”.⁹⁸
- 1.16. Copia de un documento periodístico denominado **LA PARRILLA** donde se observa las irregularidades y la advertencia hecha por el Presidente de Opción Ciudadana referente a la imposibilidad que **JOHANA CHAVES** se inscribiera por otro partido como candidata a la Cámara⁹⁹.
- 1.17. Copia de una Columna escrita por el Presidente de Opción Ciudadana en un periódico local donde hace un recuento de la situación de **JOHANA CHAVES** en relación a su partido¹⁰⁰.
- 1.18. Copia de un pantallazo de una página de Internet de un programa denominado La Parrilla donde se demuestra la militancia de **CHAVES GARCÍA** en el Partido Opción Ciudadana¹⁰¹.
- 1.19. Copia del Derecho de petición presentado por la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** radicado ante el Presidente del Partido Opción Ciudadana el día 19 de marzo de 2014, donde solicita certificación donde indique: i) que no es candidata ni militante del partido desde el 17 de octubre, ii) que no asistió a la Convención Nacional, iii) que no propuso su nombre como

86 Folio 57 al 175 – Exp. 2014-00083-00.

87 Folio 176 al 193 – Exp. 2014-00083-00.

88 Folio 194 al 204- Exp. 2014-00083-00.

89 Folio 205 – Exp. 2014-00083-00.

90 Folio 206 – Exp. 2014-00083-00.

91 Folio 207 al 208 – Exp. 2014-00083-00.

92 Folio 209 – Exp. 2014-00083-00.

93 Folio 210 al 221 – Exp. 2014-00083-00.

94 Folio 222 al 223 – Exp. 2014-00083-00.

95 Folio 224 – Exp. 2014-00083-00.

96 Folio 225 – Exp. 2014-00083-00.

97 Folio 226 al 244 – Exp. 2014-00083-00.

98 Folio 243 – Exp. 2014-00083-00.

99 Folio 244 – Exp. 2014-00083-00.

100 Folio 245 al 246 – Exp. 2014-00083-00.

101 Folio 247 – Exp. 2014-00083-00.

- candidata a las Directivas del partido, iv) que no fue notificada sobre la designación como líder nacional y, v) se corrija la respuesta emitida por esta colectividad el día 27 de febrero de 2014 al señor Diego Alexander Solano Pinzón en relación con la situación de la señorita Johana Chaves García como candidata¹⁰².
- 1.20. Copia de la respuesta dada a la petición descrita en el punto anterior el día 3 de abril de 2014, indicando que el Acta de la Convención donde fue elegida como miembro de la Dirección Nacional del Partido se encuentra debidamente diligenciada y depositada ante el Consejo Nacional Electoral y que reposa escrito de 17 de octubre de 2013 en donde renuncia a la militancia y por ende al cargo que ostentó en la Dirección Nacional del Partido¹⁰³.
- 1.21. Copia del Derecho de petición presentado por el apoderado de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** radicado ante el Presidente del Partido Opción Ciudadana el 27 de marzo de 2014 en el que solicitó las siguientes copias auténticas: i) del formulario de inscripción como militante al partido Opción Ciudadana, ii) de la solicitud de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** para aspirar al cargo de líder nacional, iii) de la aceptación de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** al cargo de líder nacional, iv) del oficio de 18 de junio de 2013 del Partido Integración Nacional (PIN) en donde solicitan la inscripción del Comité Ejecutivo Nacional, Consejo Nacional de Control Ético, al Veedor y Auditor Interno y, constancia de la participación de la señora Johana Chaves García en la Convención Nacional, celebrada durante los días 31 de mayo y 1º de junio de 2013¹⁰⁴.
- 1.22. Copia de la respuesta dada a la petición descrita en el punto anterior el 10 de abril de 2014, en donde indica que aún no disponen de una base rigurosa de afiliados al partido, respecto a los numerales 2, 3 y 4 dio alcance a lo contestado en el derecho de petición de 3 de abril de 2014¹⁰⁵.
- 1.23. Copia autenticada del E-26 CA (acto acusado) correspondiente al resultado del escrutinio - elección de Cámara de representantes para las elecciones del 09 de marzo de 2009, el cual se ordenó notificar mediante el acuerdo 003 de mayo 30 a partir del 4 de junio de 2014¹⁰⁶.
2. De las aportadas por el apoderado de la demandada en la contestación, y recurso de reposición frente a la medida de suspensión provisional:
- 2.1. Copia de la petición de Revocatoria Directa de la Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013¹⁰⁷.
- 2.2. Copia de la Resolución No. 3035 del 23 de julio de 2014 que confiere personería jurídica al Partido Centro Democrático¹⁰⁸.
- 2.3. Un CD que contiene el proceso que se llevó en el Consejo Nacional Electoral contra la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA**¹⁰⁹.
- 2.4. Certificación expedida por Avianca, para demostrar que la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** viajó a la ciudad de Bogotá en los días que se realizó la Convención Nacional del Partido Opción Ciudadana¹¹⁰.
- 2.5. Certificado expedido por la Organización Misión Carismática Internacional sobre asistencia de la demandada a una convención de esta organización llevada a cabo para la fecha de la Convención Nacional del Partido Opción Ciudadana¹¹¹.
- 2.6. Copia del Acuerdo 003 del 30 de mayo de 2014, expedido por el Consejo Nacional Electoral *Por medio del cual se resuelve las vacíos u omisiones de la Comisión Escrutadora Departamental de Santander, se ordena notificar la declaración de la elección de Representantes a la Cámara por el departamento de Santander periodo 2014-2018 y entregar las correspondientes credenciales*¹¹².
- 2.7. Copia de fotografías de la demandada en la ciudad de Bogotá durante los días en que se realizó la Convención del Partido Opción Ciudadana¹¹³.
- 2.8. Copia de la certificación expedida por la Alta Consejería Presidencia para la Equidad de la Mujer, de la participación de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** en la jornada de asistencia técnica dirigida a la oficina de la mujer de departamentos y municipios¹¹⁴.

102 Folio 249 – Exp. 2014-00083-00.

103 Folio 250 – Exp. 2014-00083-00.

104 Folio 250 al 253 – Exp. 2014-00083-00.

105 Folio 254 – Exp. 2014-00083-00.

106 Folio 265 al 284 – Exp. 2014-00083-00.

107 Folio 411 al 443 - Exp. 2014-00083-00.

108 Folio 444 al 445- Exp. 2014-00083-00.

109 Folio 446 - Exp. 2014-00083-00.

110 Folio 447 - Exp. 2014-00083-00.

111 Folio 448 - Exp. 2014-00083-00.

112 Folio 449 al 482- Exp. 2014-00083-00.

113 Folio 483 al 484- Exp. 2014-00083-00.

114 Folio 486- Exp. 2014-00083-00.

3. Pruebas aportadas con el traslado de las excepciones:
- 3.1. Copia del pronunciamiento de la Presidenta de la Comisión de Control y Asuntos Electorales de la Procuraduría General de la Nación donde manifiesta la compulsión de copias para que se investigue la actuación de la comisión escrutadora¹¹⁵.
- 3.2. Copia de la respuesta a un Derecho de Petición donde se allega copia de la inscripción de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** como precandidata a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander dentro del Partido Integración Nacional (PIN) en el mes de mayo de 2013.¹¹⁶
- C. De las solicitadas en la audiencia inicial**
1. Se ofició a la Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección de Identificación, con el fin de solicitarle realizar confrontación entre los formatos con firmas y número de cédula y el "ANI", Archivo Nacional de Identificación, para poder determinar cuáles coinciden plenamente con los registros que tiene en custodia la Entidad oficiada.
2. El apoderado de la parte demandada solicitó en sus contestaciones a los libelos (fls. 492 y 493 Exp. 2014-00057 y fls. 408 y 409 Exp. 2014-00083), se oficiara al Representante Legal del Partido Opción Ciudadana para que certificara lo siguiente:
- 2.1. Si la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** asistió a la Convención del Partido celebrada los días 31 de mayo y 1º de junio de 2013 cuando fue designada miembro de la Dirección Nacional de dicho partido¹¹⁷.
- 2.2. Si los miembros de la Dirección del Partido Opción Ciudadana elegidos en esa Convención tomaron posesión y rindieron juramento para asumir el cargo¹¹⁸.
- 2.3. Si la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** rindió juramento y tomó posesión del cargo de Directiva del Partido¹¹⁹.
- 2.4. Si Johana Chaves García aceptó y ejerció de alguna forma el cargo de Directiva luego de su designación como tal¹²⁰.
- 2.5. Si **JOHANA CHAVES GARCÍA** de acuerdo con los Estatutos del Partido Opción Ciudadana tomó curso de formación política e hizo la declaración de aceptación de los Estatutos del Partido, programas y principios del Partido, previo a concedérsele la calidad de afiliada¹²¹.
- 2.6. Si el Partido Opción Ciudadana lleva un registro de afiliados en donde aparezca **JOHANA CHAVES GARCÍA** registrada como tal por haber cumplido con los requisitos establecidos para tal fin¹²².
3. De las pruebas decretadas de oficio
- 3.1. La Magistrada estimó pertinente ampliar la solicitud al Representante Legal del Partido Opción Ciudadana para que certificara también sobre la fecha de posesión de todos los demás integrantes de la Dirección Nacional del Partido, así como el procedimiento y requisitos surtidos para tal efecto¹²³.
- 3.2. Se ordenó oficiar al Consejo Nacional Electoral para que remitiera los antecedentes administrativos que culminaron con la expedición de la Resolución No. 1825 de 10 de julio de 2013.¹²⁴

que se consideraban líderes nacionales a quienes demostraban una participación en el partido y que adicionalmente se encontraran inscritos ante el mismo como precandidatos al Congreso de la República previo a la Convención Nacional celebrada el 31 de mayo y 1º de junio de 2013. Recalcó que en el departamento de Santander todos los precandidatos a la Cámara de Representante fueron elegidos como Directivos del Partido Opción Ciudadana (Folio 2258 - Exp. 2014-00057-00).

120 Respuesta. Para el Partido Opción Ciudadana la señorita Johana Chaves García ejerció como Directiva del Partido el 10 de junio de 2013, fecha en que se formalizó la convención mediante la resolución No. 1825 de 2013, y el 17 de octubre de 2013 día que renunció a su participación activa (Folio 2258 al 2259 - Exp. 2014-00057-00).

121 Respuesta: La señora Johana Chaves García, desde el 22 de mayo de 2013, aceptó expresamente la normatividad estatutaria y los principios del antiguo PIN, hoy Opción Ciudadana, toda vez que diligenció, firmó e impuso su huella dactilar al formato establecido para la organización política para ser precandidato, reafirmando textualmente su militancia.

122 Respuesta: El Partido Opción Ciudadana indicó que se encuentra en actualización del registro de sus militantes, con ocasión de la gran cantidad de personas que se han venido vinculando, pero respecto a la señora Johana Chaves García, ella misma en el formato que el partido ha dispuesto para la precandidatura a la Cámara de Representantes, se comprometió a acatar las disposiciones estatutarias, la normatividad vigente y los requisitos que estableciera el partido (Folio 2259 - Exp. 2014-00057-00).

123 Respuesta. El representante legal del Partido Opción Ciudadana recalcó que dentro de los estatutos del partido, no se contempla la posesión de los Directivos, puesto que quienes fueron elegidos por el mecanismo de consenso en la Convención ostentan un liderazgo y compromiso estatutario superior a los afiliados (Folio 2259 - Exp. 2014-00057-00).

124 Respuesta. El Consejo Nacional Electoral remitió copia del oficio remitido por el Partido Opción Ciudadana en el que enlista los integrantes del nuevo Comité Ejecutivo Nacional, del Consejo de Control Ético, Veedor y Auditor Interno del Partido, el cambio de nombre y la Dirección Nacional conformada por 126 miembros (Folio 1971 al 2036 - Exp. 2014-00057-00).

115 Folio 520 al 526- Exp. 2014-00083-00.

116 Folio 527 al 528 - Exp. 2014-00083-00.

117 Respuesta: El Partido Opción Ciudadana en oficio de 7 de julio de 2015 (Folio 2257 al 2276 - Exp. 2014-00057-00), indicó que la señora Johana Chaves García como representante del Movimiento Social "Misión Carismática Internacional" se encontraba representada por sus delegados en la convención nacional realizada los días 31 de mayo y el 1º de junio de 2013. Señaló que en ninguna aparte de los estatutos el Partido de Integración Nacional, hoy Opción Ciudadana se estableció que para ser miembro de la Dirección Nacional se debería asistir a la Convención Nacional (Folio 2257 Exp. 2014-00057-00).

118 Respuesta: El representante legal del Partido Opción Ciudadana manifestó que en los estatutos del partido no se establece que los miembros elegidos en la Convención como líderes nacionales tuviesen que aceptar el cargo, tomar posesión o juramento (Folio 2258 Exp. 2014-00057-00).

119 Respuesta: Reiteró el argumento esgrimido en el punto anterior y especificó

- 3.3. Se ordenó oficiar al Consejo Nacional Electoral para que remita los antecedentes administrativos adelantados con ocasión de la Revocatoria Directa presentada contra la Resolución No. 1825 de 10 de julio de 2013.
- 3.4. Se ordenó oficiar al Consejo Nacional Electoral para que informara si había sido notificado o enterado o había intervenido en algún proceso o demanda judicial de cualquier naturaleza con ocasión de la Resolución No. 1825 de 2013.
4. Aportada por el coadyuvante de la parte demandante para conocimiento de la Sala
 - 4.1. Resolución No. 030 del 20 de enero de 2015, proferida por el Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual negaron la solicitud de Revocatoria Directa con efectos retroactivos contra el artículo 4° de la Resolución No. 1825 de 10 de julio de 2013, presentada por el apoderado de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA**¹²⁵.
5. Aportadas por el Consejo Nacional Electoral para conocimiento y fines pertinentes remitió copia de:
 - 5.1. Resolución No. 0030 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual se rechaza por extemporánea la solicitud de revocatoria directa del artículo 4° de la Resolución No. 1825 de 10 de junio de 2013¹²⁶.
 - 5.2. Aclaración de voto de la Resolución No. 0030 Radicado: 5649-14 Magistrado Ponente: **Alexánder Vega Rocha**¹²⁷.
 - 5.3. Salvamento de voto Rad: 6005-14 Magistrada Ponente: **Ángela Hernández Sandoval**¹²⁸
 - 5.4. Aclaración de voto de la Resolución No. 0030 Magistrada Ponente: **Idayris Yolima Carrillo Pérez**¹²⁹.
 - 5.5. Salvamento de voto Rad: 5649-14 Magistrado Ponente: **Emiliano Rivera Bravo**¹³⁰.
 - 5.6. Salvamento de voto Rad: 5649-14 Magistrada Ponente: **Ángela Hernández Sandoval**¹³¹.

125 Folio 1652 al 1667 - Exp. 2014-00057-00.
 126 Folio 11734 al 1747 - Exp. 2014-00057-00.
 127 Folio 1748 al 1751 - Exp. 2014-00057-00.
 128 Folio 1752 al 1768 - Exp. 2014-00057-00.
 129 Folio 1769 al 1771 - Exp. 2014-00057-00.
 130 Folio 1772 al 1778 - Exp. 2014-00057-00.
 131 Folio 1779 al 1793 - Exp. 2014-00057-00.

4. El caso concreto

En el plenario no hay lugar a dudas que **JOHANA CHAVES GARCÍA** aceptó la candidatura y efectivamente se inscribió como aspirante a la Cámara de Representantes en el departamento de Santander por el hoy Partido Centro Democrático el día nueve (9) de diciembre del año 2013¹³², y fue elegida en los comicios que se llevaron a cabo el 9 de marzo de 2014¹³³.

Frente a la declaratoria de la elección de la señorita **CHAVES GARCÍA**, la Sala ha señalado¹³⁴ desde la admisión de la demanda del medio de control que, el acto mediante el cual se declaró fue el Formulario E-26 CA suscrito por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el día 21 de marzo de 2014.

En el propio auto admisorio de la demanda -presentada por el señor Yorgin Harvey Cely Ovalle (2014-0057)- al analizar su presentación en tiempo, la Sala manifestó que ante la situación *sui generis* ocurrida y reconocida por el Consejo Nacional Electoral, el medio de control se presentó dentro del término de caducidad contado a partir de la declaratoria de elección.

La parte demandada presentó la excepción de “inexistencia del acto”, la cual fue desestimada por la Magistrada Ponente en la audiencia inicial el 28 de noviembre de 2014¹³⁵, y confirmada la decisión por los demás integrantes de la Sala al desatar el recurso de súplica interpuesto¹³⁶. Asimismo fue reiterado por la Sala en la decisión de 18 de junio de 2015¹³⁷ cuando se resolvió la solicitud de levantamiento de la medida cautelar presentada por el apoderado de la demandada.

Manifestó la Ponente en esa ocasión¹³⁸ que el conocimiento común y generalizado fue que la declaratoria de elección se dio en el Formulario E26 CA suscrito por los Delegados de la Comisión Escrutadora el día 21 de marzo de 2014 (fls. 1574 y 1574 vuelto cdno. número 5). Posteriormente, una vez estudiado el asunto en virtud del recurso de súplica, el resto de la Sala llegó a la conclusión que la demanda había sido presentada en tiempo contra el acto que contenía la declaración de la elección de **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, acto que existía desde que se declaró la elección, así en gracia de discusión, si se hubiere notificado días después, esta característica atañe a su

132 Conforme se corrobora en el folio 191 del cuaderno 1 con la copia de la carta remitida por la demandada al Registrador Delegado Departamental de Santander y con la copia del formulario E-6 CT de la Registraduría Nacional del Estado Civil donde consta la inscripción, obrante a folios 188 y 189 del cuaderno 1 del plenario.
 133 Como se informa a folio 46 del cuaderno número 1 con la fotocopia autenticada por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral del formulario E-26 CA mediante el cual se declaró la elección.
 134 Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014, que obra a folios 307 a 328 del cuaderno No. 1, Auto que resolvió el recurso de reposición frente a la medida de suspensión provisional del 8 de octubre de 2014, folios 579 a 593 del cuaderno No. 1, y auto de 18 de junio de 2015, en el que se resolvió la solicitud de levantamiento de la medida cautelar decretada que se encuentra en los folios 1914 a 1918 del cuaderno 1D.
 135 Folio 1574 del cuaderno 1C.
 136 Auto de 7 de mayo de 2015, con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia. Folios 1815 -1824 del cuaderno 1D.
 137 Folios 1914 1918 del cuaderno 1D.
 138 Audiencia inicial de 28 de noviembre de 2014.

oponibilidad más no a su existencia, razón por la cual confirmó la decisión del Despacho (fl. 1820 cdno. número 5).

Posición asumida nuevamente por la Sala de decisión al estudiar la solicitud de levantamiento de la medida cautelar el 18 de junio de 2015, en el que se señaló:

“Así las cosas, al encontrarse plenamente ajustadas a derecho las decisiones sobre la admisión de la demanda y las providencias que resolvieron lo relacionado con la excepción de “inexistencia del acto” y el recurso de súplica interpuesto frente a la misma, la Sala observa que las condiciones para proferir la medida cautelar en relación con la existencia del acto administrativo demandado, no han sido modificadas ni han tenido alteración alguna que amerite ser revaluada (...)”.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el acto mediante el cual se declaró electa la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** como Representante a la Cámara por el departamento de Santander fue el Formulario E26 CA suscrito por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el día 21 de marzo de 2014.

4.1. La doble militancia en el caso concreto

Estando probado que la señorita **CHAVES GARCÍA** se inscribió como candidata del hoy Partido Centro Democrático el 9 de diciembre de 2013, es menester establecer si se da la causal de doble militancia señalada en el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, incurriendo así en la causal de anulación consagrada en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA por haber sido directiva del PARTIDO OPCIÓN CIUDADANA desde el 1º de junio de 2013¹³⁹ hasta el 17 de octubre de 2013¹⁴⁰ sin que hubieran transcurrido los 12 meses que la norma exige.

Antes de adentrarnos al análisis de las circunstancias fácticas específicas relacionadas con la demandada, es necesario resolver la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 planteada por el apoderado de la señora **CHAVES GARCÍA** en la contestación de la demanda.

4.1.1. Excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 2º de la Ley 1475 de 2011

Si bien es cierto, dentro de estas diligencias ya fue abordado el tema por esta Sala de decisión en auto de 8 de octubre de 2014, cuando se resolvió el recurso de súplica frente al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado, se procede a reiterar lo planteado, ya que fue alegado en la contestación de la demanda por el apoderado de la señorita **CHAVES GARCÍA**, y, teniendo en cuenta que las circunstancias no han cambiado se trae a colación lo que en aquella ocasión la Sala de Súplica resolvió frente a la excepción propuesta, así:

La Sala empieza por precisar que en términos generales frente a la alegación de una excepción de inconstitucionalidad, cuando ya existe un pronunciamiento de exequibilidad de la misma norma que se pretende inaplicar, proferido por el órgano máximo de cierre de esa jurisdicción, no resulta viable invocar dicha excepción, así lo ha manifestado la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos, entre otras, en la sentencia T-103 de 2010, al decir:

“La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado”.

Así, la Sala observa que resulta improcedente tal petición en atención a que mediante Sentencia **C-490 de 23 de junio de 2011**, la Corte Constitucional realizó el juicio de constitucionalidad en ejercicio del control previo y automático sobre el proyecto de **Ley Estatutaria** de la Ley 1475 de 2011, conforme lo consagra el artículo 241 numeral 8 de la Constitución Política, y en su fundamento jurídico 23, al hilo del contenido de su artículo 2, razonó de la siguiente manera:

“23. Ahora bien, el artículo 2º del Proyecto de Ley extiende a los directivos de las agrupaciones políticas las consecuencias jurídicas que la Constitución prescribe como consecuencia de la prohibición de doble militancia, a saber, (i) la proscripción del apoyo a candidatos distintos a los de su propio partido o movimiento; y (ii) la obligación de renunciar al cargo directivo doce meses antes de postularse o aceptar la designación como dignatario de otra agrupación política, o inscribirse como candidato de esta. Podría argumentarse, con base en las razones antes expuestas, que esa extensión contraría la Carta Política, puesto que se ha señalado que los destinatarios particulares de la prohibición de doble militancia son los candidatos y servidores elegidos en cargos y corporaciones de elección popular, respecto de los cuales se predica el mandato democrático representativo. Por ende, como los directivos no están cobijados por ese vínculo con el electorado, mal podrían ser compelidos a cumplir las obligaciones derivadas de la prohibición de doble militancia.

La Corte considera que la posición planteada es errónea, en tanto desconoce el texto del artículo 107 C. P., que predica la vigencia de la prohibición de doble militancia a los “ciudadanos”, fórmula amplia que incluye a todos aquellos que manifiesten su interés de integrar un grupo con el propósito de ejercer poder

139 Fecha en la cual fue elegida directiva nacional por la Convención Nacional del Partido Opción Ciudadana.

140 Fecha en la que presentó su renuncia.

político, salvaguardándose el ejercicio del derecho al sufragio universal y libre de los ciudadanos votantes. De otro lado, no puede perderse de vista que el objetivo constitucional de la citada prohibición es amplio, pues no se limita exclusivamente al ámbito de la vigencia del principio democrático representativo, sino que apunta al fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, el cual se logra a través de la identificación ideológica y de agenda política entre las distintas agrupaciones.

Se ha insistido en esta sentencia que las sucesivas reformas constitucionales en materia de partidos y movimientos, tienen por objeto común la despersonalización de la política, a través del otorgamiento de mayor preponderancia a la agenda de acción pública como elemento de definición de la agrupación correspondiente. La intención del constituyente derivado, en ese orden de ideas, es ordenar a los grupos políticos a partir de sus plataformas ideológicas y sus concepciones plurales sobre el ejercicio del poder político y el papel del Estado frente a la sociedad. Esto sobre el convencimiento que tal método de diferenciación fortalece a la democracia en su conjunto, pues impide que las agrupaciones políticas resulten cooptadas por intereses subjetivos, desligados de dichas plataformas y programas. En suma, lo que se busca es lograr un sistema político maduro, que funde su dinámica partidista en la contraposición y competencia entre las distintas concepción de lo público que confluyen en la sociedad, y no en la obtención del favor del elector mediante prácticas clientelistas o de coacción.

Estas premisas justifican plenamente la constitucionalidad de la extensión de los deberes propios de la prohibición de doble militancia a los directivos de partidos y movimientos políticos. De acuerdo con la Constitución, estos dignatarios cumplen un papel central en tales organizaciones, en tanto actúan en su nombre y, por ende, (i) son responsables del aval de sus candidatos a cargos y corporaciones públicas de elección popular (Art. 108, inc. 3); y (ii) son, en consecuencia, susceptibles de sanción de aquellos apoyos que se realicen en contravención de las reglas constitucionales, en especial aquellas que proscriben avalar candidatos condenados por determinados delitos. Sería un contrasentido afirmar, de un lado, que a los directivos de las agrupaciones políticas se les adscriben esas importantes responsabilidades y, del otro, que no están sometidos a la disciplina de partidos. Por ende, la decisión del legislador estatutario se encuentra ajustada al ordenamiento superior”.

Finalmente, la Sala no comparte la afirmación inopinada del apoderado de la demandada al decir que la figura de la doble militancia no se encuentra suficientemente decantada en la jurisprudencia, cuando la Sala Quinta de esta Corporación, como ya ha sido reseñado en esta providencia, ha venido desde el año 2009 con la expedición del Acto Legislativo Número 01, cimentando y allanando las características, condiciones y consecuencias de la doble militancia como vicio anulatorio de los actos de elección popular¹⁴¹.

Por lo anterior, para esta Sala no es posible acceder a la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

4.1.2. De la condición de directiva del Partido Opción Ciudadana de la señorita Johana Chaves García

El principal argumento del apoderado de la demandada, planteado en la contestación de la demanda, y en las múltiples peticiones y recursos presentados en el desarrollo del proceso, tiene que ver con que la ciudadana Chaves García jamás postuló su nombre, ni autorizó a nadie para hacerlo, ni suscribió ningún documento aceptando tal postulación, y fue incluida en esa plancha y elegida como directiva del Partido Opción Ciudadana cuando se encontraba en un lugar distinto para esa fecha, por lo tanto, no medió su consentimiento, entonces, esa elección carece de validez.

Frente a este punto, sin perjuicio de los aspectos objetivos del estudio de la legalidad del acto electoral, considera la Sala se debe analizar un aspecto, que aunque ajeno al juicio objetivo de legalidad podría tener alguna injerencia y a fin de que la parte no se sienta desoída en su argumento jurídico procesal, sobre el consentimiento.

141 Sobre este punto, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha proferido entre otras las siguientes sentencias: 1 de noviembre de 2012, rad.2011-00311-01, actor: Jesús Antonio González, demandado: Gobernadora del departamento del Quindío, M. P. Mauricio Torres Cuervo; 7 de febrero de 2013, Rad. 2011-01466-01, Actor: Gladys Bernarda Sarabia, Demandado: diputado a la asamblea departamental del Atlántico, M. P. Susana Buitrago Valencia; 7 de febrero de 2013, Rad. 2012-00026-01, Actor: Miguel Aguilera Romero, M. P. Susana Buitrago Valencia; 7 de febrero de 2013, Rad. 2011-00666-01, Actor: Luis Eduardo Gavilanes y otros, Demandado: concejal del municipio de Pasto, M. P. Susana Buitrago Valencia; 14 de febrero de 2013, Rad. 2012-00015-01, Actor: José Luis Pinedo Campo, Demandado: gobernador del departamento del Magdalena, M. P. Mauricio Torres Cuervo; 2 de mayo de 2013, Rad.2011-00621-01, Actor: Franklin Eduardo de la Vega González, Demandado: Alcalde del municipio de Tierralta, M. P. Alberto Yepes Barreiro; 25 de julio de 2013, Rad.2011-01918-01, Actor: Mónica María Dávila Trujillo, Demandado: concejal del municipio de Itagüí, M. P. Alberto Yepes Barreiro; 12 de septiembre de 2013, Rad.2011-00775-02, Actor: Manuel Guillermo Suescún Basto, Demandado: Alcalde del municipio de Soacha, M. P. Alberto Yepes Barreiro; 12 de septiembre de 2013, Rad. 2012-00024-01, Actor: Victoria Eugenia Carrillo Ortiz, Demandado: concejal del municipio de Cúcuta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 12 de septiembre de 2013, Rad. 2011-01739-01, Actor: Aníbal Ortiz Cuéllar, Demandado: concejal del municipio de Yumbo y otros, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y 23 de octubre de 2013, Rad. 2012-00052-01, Actor: Andrés Mauricio Muñoz Leguizamo, M. P. Susana Buitrago Valencia.

4.1.2.1 Manifestaciones de voluntad indicativas de pleno consentimiento

Es bien sabido que dentro de las manifestaciones de voluntad que hacen las personas y que terminan constituyendo formas generadoras de obligaciones y derechos el **consentimiento** es uno de los elementos que por excelencia deben observarse en cada uno de los actos negociales o generadores de estipulaciones que conlleven contenidos obligacionales.

Ha de recordarse que claras son las diferencias entre la falta absoluta o inexistencia de consentimiento y el consentimiento viciado. Esto por cuanto frente al primero, el contenido obligacional que puede exigirse a una persona inexistente y, como tal, es un imposible jurídico. No sucede lo mismo con el consentimiento viciado, en tanto habiendo existido, se ve afectado en mayor o menor grado por los vicios sustanciales del error, la fuerza o el dolo.

El concurso de la voluntad es uno de los elementos que cuando se evidencia expreso en el trasegar de la actuación surge de forma fácil y contundente para el conglomerado, pero se aprecia de difícil entendimiento cuando en el actuar de la persona se matiza con conductas que de una u otra forma ponen en duda la real manifestación que de antaño quiso hacer la persona.

Pues bien, está en el operador jurídico desentrañar aquellos actos que permitan extraer la verdad, pues es innegable que el consentimiento para ser válido exige **conocimiento** en lo que se hace, por eso con buen criterio la doctrina en forma pedagógica indica que *“puede faltar el consentimiento, o porque se ignora la verdad de las cosas, como en el error y el dolo, o porque aunque se conocen, se carezca de libertad para resolver lo que se quiera, como en la fuerza...”*¹⁴².

No obstante, ha de tenerse en cuenta que en materia del interés público, estos vicios en el consentimiento -propios y característicos de los tratos negociales privados- no se pueden anteponer al cumplimiento de disposiciones de orden público o prohibitivas, que caracterizan a los dispositivos que de una u otra forma implican asuntos electorales dentro del gran continente de la democracia.

Lo cierto es que las manifestaciones de voluntad en el ámbito electoral tienen un gran componente de voluntariedad, consentimiento y conocimiento, frente al cual nada obsta para hacer uso de la aplicación de otros derechos como lo es el derecho civil, solo que se materializa y trasciende de la esfera privada para dar paso al interés público propio de la democracia y, por regla general, y para la seguridad jurídica termina plasmado en actos electorales o de contenido electoral, que evidencian que el actuar de la persona que de antaño fue privado e íntimo, ahora es público y de gran injerencia en los destinos del país, quedando bajo la óptica y el escrutinio de toda la comunidad.

¹⁴² Vélez, Fernando. Estudio sobre Derecho Civil colombiano. Tomo VI. Imprenta París – América. Págs. 29 y 30.

Pues bien, dentro de esas manifestaciones existen ciertos actos materiales que se evidencian reales o exteriores, que no necesariamente responden a la expresividad del lenguaje verbal o de las letras plasmadas en un documento. Son muchas y en gran sinnúmero las manifestaciones que, sin campar en el mundo de las palabras y las letras, evidencian el aspecto conductual de la persona y permiten al operador jurídico interpretar el querer, la voluntariedad, el consentimiento y el conocimiento que sobre el supuesto fáctico *sub judice* tuvo la parte¹⁴³.

4.1.2.2. El consentimiento frente a la libertad de organización y funcionamiento de los partidos políticos

Además de los aspectos ya reseñados sobre el consentimiento, en este caso, la voluntad de la señora Chaves García referente a la elección como directiva en la Convención Nacional del Partido Opción Ciudadana, como requisito para su validez, se debe valorar teniendo en cuenta la normativa constitucional y legal sobre partidos políticos, además de su reglamentación interna, como sigue:

- La creación y conformación de los partidos políticos hace parte del derecho fundamental de todos los ciudadanos de participación y conformación del poder político, consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política. Así como la libertad de afiliarse y retirarse de estos.
- Frente a la organización y funcionamiento de los partidos políticos, la Constitución establece únicamente los principios rectores que deben tener en cuenta, y que son: organización democrática, transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos. La Ley 1475 de 2011 reitera iguales principios, y en la Ley 130 de 1994, se establece que en el desarrollo de su actividad están obligados a cumplir la Constitución y las leyes, a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y a propender al logro y mantenimiento de la paz, en los términos del artículo 95 de la Constitución Política.
- El registro de los partidos y movimientos políticos ante el Consejo Nacional Electoral, junto con sus respectivos representantes legales, las actas de fundación, los estatutos, sus reformas, **los directivos** y demás, está reglado en el artículo 3° de la Ley 1475 de 2011, así:

ARTÍCULO 3°. REGISTRO ÚNICO DE PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS. El Consejo Nacional Electoral llevará el registro de partidos, movimientos y agrupaciones

¹⁴³ De interés resulta la disertación que la doctrina hace aludiendo a la necesidad de trascender el concepto de negocio jurídico conexo al contrato como tal, para dar paso a figuras obligacionales negociales que no necesariamente se materializan en un contrato e incluso a los meros actos. Véase: Hechos y actos jurídicos. Derecho Civil. Bigliuzzi Geri, Lina, Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco; Natoli, Ugo. Traducción Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Págs. 576 y siguientes.

políticas. Los respectivos representantes legales registrarán ante dicho órgano las actas de fundación, los estatutos y sus reformas, los documentos relacionados con la plataforma ideológica o programática, la designación y remoción de sus directivos, así como el registro de sus afiliados. Corresponde al Consejo Nacional Electoral autorizar el registro de los mencionados documentos previa verificación del cumplimiento de los principios y reglas de organización y funcionamiento consagrados en la Constitución, la ley y los correspondientes estatutos.

De lo anterior se tiene que la función del Consejo Nacional Electoral se subsume a registrar (i) los partidos, movimientos y agrupaciones políticas, (ii) los documentos que señala la norma (actas de fundación, estatutos, plataforma ideológica o programática, designación y remoción de sus directivos), y (iii) los representantes legales, **directivos** y afiliados de estos, previa verificación del cumplimiento de los principios y reglas de organización y funcionamiento consagrados en la Constitución, la ley y los estatutos.

- En los Estatutos del Partido Opción Ciudadana, en lo que tiene que ver con estructura, dirección, organización, mecanismos de elección y/o designación de directivos se señala que :
- La estructura general del partido se basa en 5 niveles y una secretaría, entre los que se encuentran el máximo nivel decisorio denominado “**Convenciones Generales**”, compuesto por delegados de la organización elegidos por voto directo de los afiliados, un siguiente nivel de **dirección elegido por la convención**, ya sea esta Municipal, Departamental o Nacional¹⁴⁴.
- **La Convención nacional** es el órgano de autoridad suprema, y en esta se elige a los miembros de la **dirección nacional**¹⁴⁵.
- **40 miembros** de la Dirección Nacional son escogidos por consenso o votación entre los asistentes de la Convención Nacional¹⁴⁶.
- Para ser **candidato** se requiere **acreditar liderazgo**, trabajo sociopolítico y conocimiento de su entorno personal¹⁴⁷.

Así las cosas, en cuanto al nombramiento, designación o elección de los miembros de la dirección de los partidos, estos se rigen por su reglamentación interna, y de conformidad con los estatutos del Partido Opción Ciudadana, sus directivos nacionales son elegidos por el voto directo de los afiliados asistentes a la Convención Nacional.

En cuanto a la postulación, aceptación de la designación como directivo, no existe en la reglamentación interna del partido, norma expresa que lo regule.

144 Art. 24 de los Estatutos del partido fl. 124 del Cuaderno 1A.

145 Art. 26 de los Estatutos del partido fl. 126 del cuaderno 1A.

146 Art. 33 de los Estatutos del partido fl. 128 del cuaderno 1A.

147 Art. 18 de los Estatutos del partido fl. 122 del Cuaderno 1A

Si bien es cierto, tal como lo señala el apoderado de la demandada, existen normas en los estatutos internos del Partido Opción Ciudadana, que señalan los principios de libertad¹⁴⁸, afiliación y desafiación voluntaria¹⁴⁹ y el paso voluntario de un nivel a otro¹⁵⁰ no hay una norma específica que señale el procedimiento de aceptación o ratificación de la postulación o elección como directivo.

4.1.2.3. Sobre el consentimiento para ser directiva del Partido Opción Ciudadana de la señorita JOHANA CHAVES GARCÍA, se encuentran como pruebas, específicamente:

1. Copia de la Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral mediante la cual se inscribe a la demandada **JOHANA CHAVES GARCÍA** como miembro directivo del Partido Opción Ciudadana (fls. 49 a 58 cuaderno 1).
2. Copia del memorial mediante el cual la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** presenta renuncia ante el Presidente del Directorio Departamental del Partido Opción Ciudadana del 17 de octubre de 2013 (fl. 187 cuaderno 1, 29 del anexo número 1 dentro del expediente administrativo remitido por el Consejo Nacional Electoral y la copia de la comunicación remitida por el Presidente Nacional del Partido Opción Ciudadana a la demandada visible a folio 211 del anexo número 1)¹⁵¹.
3. Copia del oficio de abril 3 de 2014 suscrito por el Presidente Nacional del Partido Opción Ciudadana en el que le informa a la doctora **JOHANA CHAVES GARCÍA** sobre su debida inscripción ante el Consejo Nacional Electoral como miembro de la Dirección Nacional del partido y sobre el efecto de su renuncia a partir del 17 de octubre de 2013 respecto a su cargo en la Dirección Nacional del partido (fl 228 cuaderno 1).
4. Copia del formulario de inscripción para aspirantes a integrar la lista de candidatos a la Cámara de Representantes, en la circunscripción electoral de Santander, por el Partido de Integración Nacional para el periodo 2014-2018. Suscrito por **JOHANA CHAVES GARCÍA**. (fl 268 cuaderno 1).
5. Copia autenticada del Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014 (anexo No. 1 respuesta Oficio No. 2014-49). (Cuaderno anexo recurso de reposición).
6. Copia autenticada del expediente que culminó con la Resolución No. 1263 de 18 de marzo de 2014 “*Por medio de la cual se avoca conocimiento de la solicitud de abstenerse de declarar la elección de JOHANA CHAVES GARCÍA como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, inscrita por el GSC Centro Democrático Mano*”

148 Art. 3 de los Estatutos del partido fl. 108 del cuaderno 1A

149 Artículo 6 de los Estatutos del partido f. 113 del cuaderno 1A.

150 Parágrafo del artículo 14 de los Estatutos del partido fl. 119 del cuaderno 1A.

151 Folio 205 – Exp. 2014-00083-00.

Firme Corazón Grande, en las elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014, y se adoptan otras determinaciones” proferida por el Consejo Nacional Electoral. (anexos 1,2 ,3 y 4 respuestas oficio No. 2014-49).

7. Copia del Derecho de petición presentado por el apoderado de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** radicado ante el Presidente del Partido Opción Ciudadana el 27 de marzo de 2014 en el que solicitó las siguientes copias auténticas: i) del formulario de inscripción como militante al partido Opción Ciudadana, ii) de la solicitud de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** para aspirar al cargo de líder nacional, iii) de la aceptación de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** al cargo de líder nacional, iv) del oficio de 18 de junio de 2013 del Partido Integración Nacional (PIN) en donde solicitan la inscripción del Comité Ejecutivo Nacional, Consejo Nacional de Control Ético, al Veedor y Auditor Interno y, constancia de la participación de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** en la Convención Nacional, celebrada durante los días 31 de mayo y 1° de junio de 2013¹⁵².
8. Copia de la respuesta dada a la petición descrita en el punto anterior el 10 de abril de 2014, en donde indica que aún no disponen de una base rigurosa de afiliados al partido, respecto a los numerales 2, 3 y 4 dio alcance a lo contestado en el derecho de petición de 3 de abril de 2014¹⁵³.
9. Fotografías de la demandada que dicen ser en la ciudad de Bogotá durante los días en que se realizó la Convención del Partido Opción Ciudadana (fls. 532-533)¹⁵⁴.
10. Copia de la certificación expedida por la Alta Consejería Presidencia para la Equidad de la mujer, por la participación de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** en la jornada de asistencia técnica dirigida a oficina de la mujer de departamentos y municipios. (fls. 221, 500, 537 Cuaderno 1)¹⁵⁵.
11. Certificación del Representante Legal de la Misión Carismática Internacional (fl. 530, y 2 copias que no coinciden exactamente con el original a folios 289 y 502 cuaderno 1).
12. Pasajes de la aerolínea Avianca Bucaramanga-Bogotá del 30 de mayo de 2013, Bogotá-Bucaramanga del 1° de junio de 2013 Bogotá- Bucaramanga del 03 de junio de 2013, a nombre de la señorita **JOHANA CHAVES** (fls. 290-291, 503-504 del cuaderno No. 1).
13. Documento suscrito por el doctor Pedro Felipe Gutiérrez ante el Consejo Nacional Electoral (fls. 292- 306, 505-519 del cuaderno 1).
14. Solicitud revocatoria directa dirigida al Consejo Nacional Electoral de la Resolución No. 1825 de 2013, en la cual se

registraron las directivas del Partido Opción Ciudadana, entre otras (fls. 403-415, 520-529 del cuaderno 1).

15. Documento titulado **CONTROL DE INGRESOS** de Avianca, en el que se señala trayecto volado: Bucaramanga-Bogotá vuelo 8447 el 30 de mayo de 2013 y Bogotá-Bucaramanga 3 de junio de 2013 vuelo 9476. Nombre pasajero **CHÁVEZ/ JOHANA** (fl. 531 del cuaderno 1).

De conformidad con lo anterior, en la **Resolución No. 1825** del 10 de julio de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral, se informa que el representante legal y el secretario general del antiguo Partido de Integración Nacional (PIN) radicaron el acta de Asamblea Nacional de dicho partido, realizada los días **viernes 31 de mayo y sábado 1° de junio** de 2013¹⁵⁶, en la ciudad de Bucaramanga, en la cual (i) reformaron sus estatutos, (ii) solicitaron el cambio de nombre del partido político por el de Opción Ciudadana y, (iii) pidieron la inscripción de sus directivas ante la Organización Electoral conforme lo establecido en el artículo 265 de la Constitución Política.

En dicho acto administrativo se resolvió inscribir como miembros de la Dirección Nacional a las ciento veintiséis (126) personas, entre las que figura en el lugar ciento dos (102) la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** identificada con la cédula de ciudadanía número 1.098.605.356, –acto que goza de la presunción de legalidad (art. 88 CPACA)– elegida en la Convención Nacional realizada por dicho partido político.

En cuanto al consentimiento, en el caso concreto, además de tratarse de una situación electoral con incidencia directa e importante en grado sumo para la democracia y al interés general, como lo es una imputación de doble militancia, lo cierto es que son varias las conductas indicadoras de que la demandada sí tuvo pleno consentimiento y conocimiento de la situación doble partidista que afectó su actuar:

En el formulario de inscripción “*para aspirantes a integrar la lista de candidatos a la Cámara de Representantes, en la circunscripción electoral de Santander, por el Partido de Integración Nacional para el periodo 2014-2018*” suscrito por la señorita Johana Chaves García y fechado el 22 de mayo de 2013, la demandada manifiesta:

“Al suscribir este formulario **reafirmo mi militancia** al Partido de Integración Nacional **como dirigente regional y declaro libremente que acato toda la ley y la normatividad estatutaria** y las disposiciones y requisitos legales que establezca mi partido para ser cumplidos por los (as) aspirantes a integrar la lista de candidatos a la Cámara de Representantes por el partido en el departamento de Santander para el periodo 2014-2018”.

152 Folio 250 al 253 – Exp. 2014-00083-00.

153 Folio 254 – Exp. 2014-00083-00.

154 Folio 483 al 484- Exp. 2014-00083-00.

155 Folio 486- Exp. 2014-00083-00.

156 Según el acta “siendo las 12:57 p. m. se da el cierre por parte del Presidente de la mesa Honorable Senador Dr. Samuel Benjamín Arrieta Buelvas de la Convención Nacional del Partido de Integración Nacional (PIN). (fl. 186, entre otros).

Asimismo, aparece evidenciado que la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA** presentó su renuncia al Partido Opción Ciudadana a partir del **17 de octubre de 2013** como lo documenta la copia de su carta obrante en múltiples ocasiones en estas diligencias, en la que se lee textual:

“De manera atenta me permito renunciar a la **militancia** del Partido Opción Ciudadana y a la **postulación como precandidata a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander**, toda vez que las decisiones que se tomen en relación a los asuntos políticos y electorales de nuestro país son direccionadas por el comité central de nuestra organización”. (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, está probado dentro de las diligencias que la demandada (i) se inscribió como precandidata por ese Partido para ser Representante a la Cámara por el departamento de Santander, (ii) reafirmó su militancia como dirigente regional y, (iii) aceptó regirse por sus estatutos y (iii) renunció a la militancia y a la precandidatura.

En las diligencias también obran copias de pasajes aéreos a nombre de la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** de la aerolínea Avianca, aportados por la parte demandada, así:

Vuelo AV8447. Trayecto: Bucaramanga-Bogotá del **jueves 30 de mayo** de 2013 (hora de salida 7:41 a.m. hora de llegada: 8:42 a. m.).

Vuelo AV9476. Trayecto Bogotá-Bucaramanga del **sábado 01 de junio** de 2013 (hora de salida 2:50 p. m., hora de llegada 3: 50 p. m.),

Vuelo AV9476 Bogotá- Bucaramanga del **lunes 3 de junio** de 2013, (hora de salida 2:50 p. m., hora de llegada 3: 50 p. m.).

Asimismo certificaciones de la Aerolínea Avianca, donde constan el primer y último trayecto aquí reseñado.

También obran certificaciones expedidas por (i) la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, en la que consta que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** participó en la jornada de asistencia técnica dirigida a oficinas de la mujer de departamentos y municipios con interés en elaborar políticas públicas de género realizado los días **miércoles 29**¹⁵⁷, **jueves 30** y **viernes 31** de mayo de 2013 en la ciudad de Bogotá, (ii) constancia signada por el señor Elquin Germán García Velásquez, Representante Legal de la Misión Carismática Internacional, quien certifica que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** representó el día **sábado 1º** de junio de 2013 a las convencionistas nacionales de Santander en la ciudad de

Bogotá, y (iii) fotografías que dicen ser tomadas en la ciudad de Bogotá, los días en que se celebró la convención del partido en la ciudad de Bucaramanga, pero no hay prueba de ello.

De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que, la elección de la señorita **CHAVES GARCÍA** como directiva del Partido Opción Ciudadana se dio, de acuerdo con el acta de la Convención Nacional del Partido, en la Ciudad de Bucaramanga, el día **sábado 1º** de junio de 2013¹⁵⁸, y de conformidad con las copias de los pasajes aportados por ella misma, por intermedio de su apoderado en este proceso, el **sábado primero** de junio viajó desde la ciudad de Bogotá hacia la ciudad de Bucaramanga a las dos y cincuenta de la tarde (2:50 p. m.).

Igualmente, obra certificación suscrita por el Representante Legal de la Misión Carismática Internacional, **ELQUIN GERMÁN GAMBA VELÁSQUEZ**¹⁵⁹, sobre la presencia en la ciudad de Bogotá de la señora **JOHANA CHAVES GARCÍA**, el **sábado primero** de junio de 2013, pero no se establece a qué horas del día se retiró.

De conformidad con lo anterior la parte demandada no logró probar —como lo pretendía— que la señorita **JOHANA CHAVES GARCÍA** se encontraba en la ciudad de Bogotá al momento de su elección como directiva en la convención nacional del partido Opción Ciudadana, puesto que está probado en las diligencias que viajó desde la ciudad de Bogotá a la ciudad de Bucaramanga a las 2:50 p. m. del 1º de junio de 2013, y que la Convención Nacional del Partido Opción Ciudadana se desarrolló en la ciudad de Bucaramanga hasta las 12:57 p. m. del mismo día. También está probado dentro del expediente que resultó elegida como directiva de dicha colectividad, por lo tanto no es posible afirmar categóricamente que no estuvo presente, puesto que no hay registros de asistencia ni prueba que denote que se encontraba en otro lugar como lo manifiesta el apoderado.

Es así que, en el documento suscrito por el Presidente Nacional del Partido Opción Ciudadana dirigido a la señorita Chaves García el 3 de abril de 2014, frente a la solicitud de certificación de asistencia a la convención nacional el 31 de mayo y 1º de junio de 2013, se limita a contestar que la señorita Chaves García fue elegida como Representante Nacional y que el acta de la convención nacional del partido se encuentra debidamente diligenciada ante el Consejo Nacional Electoral.

De otro lado, así no conste su asistencia a la convención nacional, esto no es óbice para afirmar que no tenía conocimiento de dicha elección y que por ello no medió su consentimiento, puesto que, de conformidad con lo establecido en los estatutos, por los que ella aceptó regirse, no se requiere ni de su

157 De conformidad con las certificaciones de la aerolínea Avianca y los pasajes aportados, la demandada viajó desde la ciudad de Bucaramanga hacia la ciudad de Bogotá, el **jueves 30** de mayo de 2013, no pudo haber asistido el día anterior (**miércoles 29** como obra en la certificación) a ese evento en la ciudad de Bogotá.

158 De acuerdo con el orden del día, la elección de directivos fue el punto 19 el **sábado primero** de junio de 2013 (fl. 59 del cuaderno 2014-0083).

159 En las copias que obran a folios 222 y 502 del cuaderno 1 Exp. 2014-0057, 418 del cuaderno del Exp. 2014- 0083, aparece firmando Elkin Germán Gamba Velásquez, pero en el documento original, que obra a folio 530 del cuaderno 1 del Exp. 2014-00057, aunque el contenido es el mismo, firma como Elquin Germán Gamba Velásquez.

asistencia, ni ningún tipo de aceptación formal o ratificación de la candidatura para ser elegida directiva, como a continuación se analiza:

No se puede admitir el argumento que para ser directiva tenía que estar presente en la elección o que se requiriera aceptación formal, porque tal como ha sido indicado en esta providencia, la estructura, organización y funcionamiento de los partidos se rige por sus estatutos internos, que la demandada había aceptado acatar, y en estos está claro que el mecanismo de designación de los directivos nacionales se da por elección, específicamente por el voto directo de sus afiliados en la Convención Nacional, nada dice de la obligatoriedad de su presencia, ni de aceptaciones y ratificaciones adicionales.

De las pruebas obrantes en el plenario no es posible establecer, si la señorita Johana Chaves García se encontraba o no en la Convención Nacional, pero, en cuanto a la condición de la demandada dentro del partido Opción Ciudadana, obra en las diligencias, (i) copia del formulario de inscripción para integrar la lista de candidatos por el Partido Opción Ciudadana a la Cámara de Representantes en la circunscripción electoral del departamento de Santander, signado por ella misma, y fechado el 22 de mayo de 2013, en el cual **reafirma su militancia como dirigente regional y declara que acata la normativa del partido**, (ii) copia de la carta de 17 de octubre de 2013, en la que renuncia a la **“militancia”** y a **“la Postulación como precandidata** a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander”.

Así las cosas, como ya se dijo, dentro de las manifestaciones de voluntad, existen ciertos actos exteriores que no necesariamente responden a la expresividad del lenguaje, o de las letras plasmadas en un documento, conductas que evidencian el consentimiento. En este caso, la señorita Johana Chaves era militante, líder regional y precandidata del Partido Opción Ciudadana. Circunstancias que indican su participación activa y notoria dentro de la colectividad.

A partir de lo expuesto, y atendiendo a las reglas de la experiencia¹⁶⁰ es evidente concluir que la demandada Johana Chaves García si conocía su condición de directiva en el partido Opción Ciudadana y fungió como tal, pues no resulta coherente, lógico ni jurídicamente aceptable que participara activamente al interior del partido, pero desconocería de su elección como directiva. Por el contrario las reglas de la experiencia y la valoración en sana crítica de la pruebas permiten concluir que tenía la certeza y total convicción que era directiva del Partido Opción Ciudadana.

Por lo anterior, tampoco es posible aceptar los argumentos esbozados por el apoderado, en cuanto que, la señorita **CHAVES GARCÍA** era simple simpatizante de dicho partido porque no había

realizado los cursos de formación que establecen los estatutos para sus afiliados, y porque no existen documentos que prueben su aceptación como afiliada, y que por ende, no estaba calificada o no tenía vocación para ser directiva de esa colectividad.

El artículo 9° de los estatutos, indicado por el apoderado de la demandada, señala expresamente como derechos de los afiliados:

“Recibir educación, formación política y social, que cualifique y permita el mejor desempeño en el que hacer individual (...)”

De acuerdo con lo anterior, es un derecho como afiliada al partido recibir dichos cursos de formación política, pero nunca un requisito para su afiliación, como lo intenta mostrar el apoderado, ni por tal evento se pierde la condición de directiva del citado partido político.

Así las cosas, no es de recibo para esta Sala el argumento que la demandada era simple simpatizante del partido, cuando ella misma reafirma y renuncia a la militancia, y a la precandidatura a la Cámara de Representantes del departamento de Santander, circunstancia que como se explicó en el acápite anterior no obedece a las reglas de la experiencia.

Al ser la señorita **CHAVES GARCÍA** afiliada al partido opción ciudadana, y haber aceptado registrarse por dicha reglamentación interna, de conformidad con lo manifestado por ella en el formulario de inscripción de la precandidatura por ese partido¹⁶¹ y no existir en los estatutos, procedimientos de aceptación, notificación o ratificación de la candidatura o elección como directiva, mal haría la Sala en establecerlos, en cuanto que, como ya se ha indicado, desde el 1° de junio de 2013, cuando fue elegida directiva, hasta su elección como Representante a la Cámara el 9 de marzo de 2014, no había hecho manifestación alguna sobre su inconformidad en dicha elección como directiva del partido Opción Ciudadana y fue solo hasta el 10 de septiembre de 2014, que solicitó la revocatoria directa de la Resolución No. 1825 de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en la cual se efectuó el registro de dicha dirigencia, entre otros documentos y circunstancias del Partido Opción Ciudadana.

La aceptación de la precandidatura a la Cámara de Representantes por el departamento de Santander, por la aquí demandada, y que no ha sido cuestionada en estas diligencias, se constituye en una manifestación indicativa del pleno consentimiento, no solo de su militancia al partido, de ser dirigente regional, sino de su participación como líder al interior del partido, por lo tanto de ser parte de su dirigencia nacional.

Entonces, no es posible para esta Sala admitir que existía dicho desconocimiento, porque no obran documentos que prueben lo contrario como lo pretende la parte demandada, y como ya se indicó, al no estar establecido nada diferente en los estatutos del partido, y fungir como militante y precandidata, la señorita **CHAVES GARCÍA** aceptó las reglas internas de dicha colectividad, incluyendo

160 Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 2005 M. P. Jaime Araújo Rentería.

“El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”.

161 Formulario de aceptación para integrar la lista de candidatos a la Cámara de Representantes por el Partido Opción ciudadana suscrito el 22 de mayo de 2013, fl. 268 el cuaderno 1A.

los mecanismos de elección y designación como directiva nacional, además de los hechos indicativos de la voluntad que prueban su consentimiento en la elección como directiva nacional.

Así las cosas, es claro para esta Sala de decisión que la señora Chaves García fue elegida el 1° de junio de 2013 directiva nacional del partido Opción Ciudadana, de acuerdo con el acta de la Convención Nacional celebrada los días de 31 de mayo y 1° de junio de 2013, así mismo registrada como tal, en la Resolución No. 1825 de 10 de julio de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral, y su renuncia se dio hasta el 17 de octubre de 2013.

4.1.3. La Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad frente a la Resolución No. 1825 de 2013 proferida por el Consejo Nacional Electoral

El impugnante también propuso en la contestación de la demanda inaplicar el acto administrativo mencionado porque en su criterio, se desconocieron los requisitos fijados en las “disposiciones de todos los órdenes”¹⁶², respecto de la libertad electoral, en cuanto para ser elegida debe mediar el consentimiento, la voluntad y espontaneidad.

Sobre el particular, esta Sala de decisión ya emitió pronunciamiento el 8 de octubre de 2014¹⁶³ al desatar el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada frente al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto de elección, y teniendo en cuenta que las circunstancias fácticas se mantienen, se reitera dicho pronunciamiento frente a la solicitud, así:

Aunque la Constitución Política no contempla expresamente la llamada excepción de ilegalidad, esta surge de la aplicación de los diferentes niveles y jerarquías normativas, y sobre todo, de la supremacía de la norma constitucional, que impone la inaplicación de las disposiciones de menor rango cuando entren en contradicción con la norma superior¹⁶⁴. Sin embargo su utilización es extremadamente restringida y limitada al juez contencioso administrativo, por cuanto es un quiebre al principio de presunción de legalidad propio de los actos administrativos y en atención a que existe el mecanismo jurídico idóneo para controvertir y cuestionar tal legalidad a través de los medios de control establecidos en el CPACA. Por ello actualmente el artículo 148 del CPACA consagra tal facultad de control adscrita al juez contencioso.

La parte demandada invoca la excepción porque en su parecer, la Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013 expedida por el Consejo Nacional Electoral viola los propios estatutos del partido y el artículo 40 Constitucional al no haberse dado supuestamente una afiliación libre y voluntaria de la ahora demandada a la Dirección del Partido Opción Ciudadana.

Lo cierto es que, la presunción de legalidad del acto administrativo

expedido por el CNE se conserva incólume, por cuanto del material probatorio obrante en el plenario no surge duda sobre la actividad que cumplió el ente estatal al verificar las calidades y requisitos para hacer el registro de directivos conforme con el artículo 3° de la Ley 1475 de 2011.

De igual manera la propia norma estatutaria garantiza la posibilidad de cuestionar las decisiones tomadas en el seno del Partido a través de las herramientas idóneas para ello como lo establece la disposición 4ª de la ley en comento, e inclusive teniendo a su alcance también la posibilidad de demandar el acto administrativo expedido por el Consejo Nacional Electoral que registró y reconoció a la demandante como directiva del Partido Opción Ciudadana, mecanismos que no fueron ejercidos en forma oportuna. Sólo hasta ahora, el pasado 10 de septiembre de 2014 (fl. 408), se interpuso una revocatoria directa en contra de la Resolución No. 1825 del 10 de julio de 2013, lo que demuestra la inactividad de la afectada por más de un año frente a la supuesta irregularidad.

Por tanto, habiendo valorado las pruebas referenciadas conforme a la sana crítica y bajo el tamiz de las reglas de la lógica y la experiencia, se llega a la convicción, frente al conocimiento que tenía la ahora demandada sobre su designación como Directiva del Partido Opción Ciudadana.

De igual forma, como ya fue expuesto en acápites anteriores, el Consejo Nacional Electoral en cuanto al registro de los Directivos de los partidos, solo debe verificar que se cumplan los principios y reglas de organización y funcionamiento consagrados en la Constitución, la ley y los estatutos.

Estos principios rectores que deben tener en cuenta son: organización democrática, transparencia, objetividad, moralidad, equidad de género, deber de presentar y divulgar sus programas políticos, y la obligación de cumplir la Constitución y las leyes, defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y a propender al logro y mantenimiento de la paz.

Así las cosas y de conformidad con lo ya explicado sobre la afiliación y elección de directivos en los estatutos del Partido Opción Ciudadana, no encuentra la Sala razón para considerar que en la inscripción de las directivas del partido se haya incurrido en vulneración alguna norma constitucional, legal o estatutaria.

Por último, el apoderado de la demandada en la audiencia de alegaciones y juzgamiento planteó la inoponibilidad a terceros de la Resolución No. 1825 de 2013, por la falta de notificación a la señorita Johanna Chaves García. Si bien es cierto, este planteamiento no fue presentado en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, en la contestación de la demanda, y por ende no fue tenido en cuenta para la fijación del litigio, es menester indicar que en el caso concreto el acto administrativo fue notificado por el Consejo Nacional Electoral a la persona jurídica que presentó la solicitud de registro, esto es al representante legal del partido Político Opción Ciudadana, al cual pertenecía la demandada.

162 Folio 480 del cuaderno 1A.

163 Folio 579 del cuaderno 1A.

164 Sentencia C-037 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4.1.4. Excepción de inconstitucionalidad de la Resolución No. 1263 de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral

Por último, el apoderado de la demandada plantea que el artículo 265 de la Constitución Política establece como funciones del Consejo Nacional Electoral ser la segunda instancia de los recursos interpuestos ante sus Delegados y revocar las inscripciones de los candidatos inhabilitados, cuando exista plena prueba, pero no se establece facultad para declarar medidas cautelares con tal finalidad, y que tampoco en el Código electoral se menciona, por lo tanto la Resolución No. 1263 de 18 de marzo de 2014 fue expedida por fuera de las facultades constitucionales y legales.

Frente a este planteamiento, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado y reiterado en múltiples oportunidades que, en virtud del examen de legalidad del acto administrativo de elección, es posible verificar los actos previos que condujeron a su formación si tienen incidencia en el acto final.

Teniendo en cuenta que la Resolución No. 1263 de 18 de marzo de 2014¹, tiene por objeto avocar el conocimiento de la solicitud de abstenerse de declarar la elección de Johana Chaves García como Representante a la Cámara por el departamento de Santander y resolvió además de avocar el conocimiento de la solicitud “ordenar a los delegados del Consejo Nacional Electoral para los escrutinios en Santander, que en caso que la candidata Johana (sic) García se hiciera merecedora de una curul, se abstengan de declarar la elección de Representantes a la Cámara por el departamento, y remitan a este Consejo sus actuaciones” sería el caso abordar su estudio, empero, aunque generó confusión sobre cuál acto administrativo declaraba la elección², las conclusiones a las que en esta providencia se avienen, resulta inocuo emprender dicho análisis.

4.1.5 Conclusión

Ante la certeza del hecho objetivo de la pertenencia al Partido Opción Ciudadana como Directiva Nacional de la señora JOHANA CHAVES GARCÍA, desde su elección como tal en la Convención Nacional celebrada el primero de junio de 2013, hasta el 17 de octubre de 2013, fecha en la que renunció, esto es, fue directiva nacional del partido Opción Ciudadana dentro de los 12 meses anteriores a la inscripción como candidata a la Cámara de Representantes por el hoy Partido Centro Democrático que se realizó el 9 de diciembre de 2013, por lo que incurrió en la causal de doble militancia establecida en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, causal de nulidad electoral según lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 275 del CPACA.

Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara JOHANA CHAVES GARCÍA (periodo 2014-2018), en tanto se probó incurrió en doble militancia política en la modalidad establecida en el párrafo tercero del artículo 2º, de la Ley 1475 de 2011, por ende, la elección fue contraria a derecho.

En consecuencia, la medida cautelar dictada en este proceso de suspender los efectos del acto acusado en cuanto a la declaratoria de la elección de JOHANA CHAVES GARCÍA se torna en definitiva, se cancelará la credencial correspondiente, conforme al artículo 288 numeral 3º del CPACA, y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

VI. LA DECISIÓN

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

FALLA:

Primero: Declárase la nulidad de la elección de la ciudadana JOHANA CHAVES GARCÍA como Representante a la Cámara, por el departamento de Santander, período 2014-2018.

SEGUNDO: En consecuencia, CANCELÉSE la credencial de Congresista, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de esta sentencia de conformidad con el numeral 3 artículo 288 en concordancia con el artículo 275.8 del CPACA.

TERCERO: Como consecuencia de la decisión anulatoria declarar que la medida de suspensión de los efectos del acto de elección de la señorita JOHANA CHAVES GARCÍA que se había impuesto como medida cautelar se torna en definitiva.

CUARTO: COMUNÍQUESE la decisión al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992.

QUINTO: COMUNÍQUESE al Presidente de la Cámara de Representantes, para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

1 “Por medio de la cual se avoca conocimiento de la solicitud de abstenerse de declarar la elección de Johana Chaves García como Representante a la Cámara por el departamento de Santander, inscrita por el GSC Centro Democrático mano firme Corazón Grande, en las elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014, y se adoptan otras determinaciones”.

2 En el auto admisorio se clarificó que la elección de Johana Chaves García como Representante por el departamento de Santander se declaró en el formulario E26-CA de 21 de marzo de 2014 y su notificación se dio mediante el Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014.

ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA - Cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o que influyan en ella/ ADICIÓN DE LA SENTENCIA - Cuando se omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento/ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA - Rechazo por improcedencia

De conformidad con los artículos 290 y 291 del CPACA y 285 y 287 del Código General del proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del primero: "(...) podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, (...) y" Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad(...)" Frente a los argumentos expuestos por la apoderada en la solicitud de aclaración y adición, la Sala advierte que no se dirigen a que se aclaren frases o conceptos que sean objeto de dudas como lo establece la norma, ni que se adicione sobre puntos objeto de la litis frente a los que se omitió pronunciarse en la sentencia, sino que van dirigidos a cuestionar la decisión tomada, alegando sin fundamento omisiones y la existencia de frases o conceptos que ofrecen duda.

La apoderada manifiesta que el Consejo de Estado "ERRO (sic) al declarar la nulidad de la elección de mi poderdante" porque no era afiliada al PIN.

En la presente solicitud se insiste en que la demandada no era afiliada al partido PIN, hoy Opción Ciudadana, porque no cumplía con los requisitos que establecen los estatutos del partido para serlo.

Frente a tal afirmación, esta Sala no solo se pronunció, sino que estudió a profundidad la situación en el fallo objeto de aclaración y adición, sobre la condición de la demandada al interior del partido de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario incluyendo los estatutos.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud carece de fundamento, y no tiene como finalidad que se aclare o adicione el fallo, sino que son cuestionamientos que se encauzan a atacar la decisión, y que ya fueron ampliamente abordados en la providencia del 28 de septiembre de 2015, se rechazará por improcedente.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011- artículo 290/Ley 1437 de 2011- artículo 291/Código General del Proceso - artículo 285/Código General del Proceso - artículo 287 / Ley 1437 de 2011- artículo 306

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 1001-03-28-000-2014-00057-00

Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Santander

Procede la Sala a decidir sobre la solicitud de aclaración y adición de la providencia de presentada por la apoderada de la demandada el 14 de octubre de 2015.

I. SOLICITUD

La apoderada manifiesta que existen frases y conceptos incluidos en la parte motiva de la sentencia que influyeron en la parte resolutive que "no solo ofrecen motivos de duda, sino de certeza frente a la incongruencia de estos de cara a la prueba", y transcribe los siguientes apartes de la providencia con resaltados y negrillas, sin ninguna argumentación que indique en qué consiste su solicitud de aclaración, así:

"Así las cosas, en cuanto al nombramiento, designación o elección de los miembros de la dirección de los partidos, **estos se rigen por su reglamentación interna, y de conformidad con los estatutos del Partido Opción Ciudadana**, sus directivos nacionales son elegidos por el voto directo de los afiliados asistentes a la Convención Nacional.

No se puede admitir el argumento que para ser directiva tenía que estar presente en la elección o que se requiriera aceptación formal, porque tal como ha sido indicado en esta providencia, la estructura, organización y funcionamiento de los partidos se rige por sus estatutos internos, que la demandada había aceptado acatar, y en estos está claro que el mecanismo de designación de los directivos nacionales se da por elección, específicamente por el voto directo de sus afiliados en la Convención Nacional, nada dice de la obligatoriedad de su presencia, ni de aceptaciones y ratificaciones adicionales.

Por lo anterior, tampoco es posible aceptar los argumentos esbozados por el apoderado, en cuanto que, la señorita **CHAVES GARCÍA** era simple simpatizante de dicho partido porque no había realizado los cursos de formación que establecen los estatutos para sus afiliados, y porque no existen documentos que prueben su aceptación como afiliada, y que por ende, no estaba calificada o no tenía vocación para ser directiva de esa colectividad.

El artículo 9° de los estatutos, indicado por el apoderado de la demandada, señala expresamente como derechos de los afiliados:

“Recibir educación, formación política y social, que cualifique y permita el mejor desempeño en el que hacer individual (...)”.

De acuerdo con lo anterior, es un derecho como afiliada al partido recibir dichos cursos de formación política, pero nunca un requisito para su afiliación, como lo intenta mostrar el apoderado, ni por tal evento se pierde la condición de directiva del citado partido político.

Así las cosas, no es de recibo para esta Sala el argumento que la demandada era simple simpatizante del partido, cuando ella misma reafirma y renuncia a la militancia, y a la precandidatura a la Cámara de Representantes del departamento de Santander, circunstancia que como se explicó en el acápite anterior no obedece a las reglas de la experiencia.

También manifiesta en un acápite denominado *“extremo de la litis fue omitido en la sentencia, el que merece un pronunciamiento acorde con la ley, por lo que debe ser adicionado el fallo para resolver este extremo de la litis ajustado a derecho”* y sin mayores argumentos transcribe nuevamente el siguiente aparte de la sentencia:

“Por lo anterior, tampoco es posible aceptar los argumentos esbozados por el apoderado, en cuanto que, la señorita **CHAVES GARCÍA** era simple simpatizante de dicho partido porque no había realizado los cursos de formación que establecen los estatutos para sus afiliados, y porque no existen documentos que prueben su aceptación como afiliada, y que por ende, no estaba calificada o no tenía vocación para ser directiva de esa colectividad.

El artículo 9° de los estatutos, indicado por el apoderado de la demandada, señala expresamente como derechos de los afiliados:

“Recibir educación, formación política y social, que cualifique y permita el mejor desempeño en el que hacer individual (...)”.

De acuerdo con lo anterior, es un derecho como afiliada al partido recibir dichos cursos de formación política, pero nunca un requisito para su afiliación, como lo intenta mostrar el apoderado, ni por tal evento se pierde la condición de directiva del citado partido político.

Así las cosas, no es de recibo para esta Sala el argumento que la demandada era simple simpatizante del partido, cuando ella misma reafirma y renuncia a la militancia, y a la precandidatura a la Cámara de Representantes del departamento de Santander, circunstancia que como se explicó en el acápite anterior no obedece a las reglas de la experiencia”.

Señala la apoderada que de la prueba documental que obra en el radicado *“se tiene que (sic) los conceptos emitidos en la parte considerativa de la sentencia de la referencia se ha incurrido en interpretación de estos no ajustada a derecho, olvidando que conforme reglas de hermenéutica jurídica vigentes ‘cuando la norma es clara no le es dable al intérprete desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, de cuya interpretación correcta con claridad meridiana se habría concluido que la Dra. JOHANA CHAVES no cumplía con los requisitos establecidos en los estatutos del partido para ser elegida como directiva nacional del mismo, por no ser afiliada al ‘PIN’”*.

Luego de transcribir algunos artículos de los estatutos de PIN señala que la demandada solo cumplía uno de los requisitos para ser afiliada, llenar la solicitud de afiliación, y que por lo tanto nunca fue afiliada a ese partido, por lo que no pudo haber sido elegida directiva nacional, y solicita *“la sentencia sea aclarada y se explique porque en para (sic) la parte motiva y resolutive del fallo la Sala se abstuvo de tener en cuenta los estatutos del PIN, en lo relacionado con los requisitos para un ciudadano afiliarse al partido ‘PIN’ boy opción ciudadana, así mismo sea adicionada la sentencia en tal sentido”*.

Asimismo, indica que se aclare y adicione la parte motiva en cuanto a que se explique desde el punto de vista constitucional y legal, cómo es posible que alguien que no está afiliado a un partido pueda incurrir en doble militancia y porque los estatutos del partido no fueron tenidos en cuenta.

Que este tema fue expuesto por el apoderado y no fue abordado de cara a los estatutos del pin, por lo que solicita sea adicionado el fallo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

De conformidad con los artículos 290 y 291 del CPACA y 285 y 287 del Código General del proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del primero: *“(...) podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella(...)”* y *“ Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad(...)”*.

Frente a los argumentos expuestos por la apoderada en la solicitud de aclaración y adición, la Sala advierte que no se dirigen a que se aclaren frases o conceptos que sean objeto de dudas como lo establece la norma, ni que se adicione sobre puntos objeto de la *litis* frente a los que se omitió pronunciarse en la sentencia, sino que van dirigidos a cuestionar la decisión tomada, alegando sin fundamento omisiones y la existencia de frases o conceptos que ofrecen duda.

La apoderada manifiesta que el Consejo de Estado "*ERRO (sic) al declarar la nulidad de la elección de mi poderdante*" porque no era afiliada al PIN.

En la presente solicitud se insiste en que la demandada no era afiliada al partido PIN, hoy Opción Ciudadana, porque no cumplía con los requisitos que establecen los estatutos del partido para serlo.

Frente a tal afirmación, esta Sala no solo se pronunció, sino que estudió a profundidad la situación en el fallo objeto de aclaración y adición, sobre la condición de la demandada al interior del partido de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario incluyendo los estatutos.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud carece de fundamento, y no tiene como finalidad que se aclare o adicione el fallo, sino que son cuestionamientos que se encauzan a atacar la decisión, y que ya fueron ampliamente abordados en la providencia del 28 de septiembre de 2015, se rechazará por improcedente.

Asimismo se exhorta a las partes se abstengan de presentar solicitudes abiertamente improcedentes e impertinentes pues serán consideradas como formas de dilatar el proceso y se aplicarán las sanciones a que haya lugar, de conformidad con los poderes del juez.

III. LA DECISIÓN

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA,

RESUELVE:

PRIMERO. Rechazar por improcedente la solicitud de aclaración y adición de la providencia solicitada por la apoderada de la demandada.

SEGUNDO. De conformidad con los artículos 290 y 291 del CPACA en concordancia con los artículos 285 y 287 del Código General del Proceso no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Los nombramientos requieren cumplir con la exigencia de la alternación / ALTERNACION - Pretende que quienes prestan sus servicios en el exterior no lo hagan en forma indefinida / CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - La provisión de empleos está sujeta al cumplimiento del periodo de alternación / CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR - Ministro plenipotenciario / MINISTRO PLENIPOTENCIARIO - El demandante no cumplió la carga probatoria de solicitar ni aportar las actas de posesión respectivas

Compete a la Sala establecer si el decreto de nombramiento del doctor Andrés Felipe Brito Jiménez, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad, resulta ilegal en la medida que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían ocho funcionarios, en el rango de Ministro Plenipotenciario, inscritos en carrera diplomática y consular que tenían mejor derecho para ser nombrados. (...) de las pruebas solicitadas, decretadas y aportadas al expediente, la Sala debe manifestar que no se encuentran las actas de posesión de los citados funcionarios, para establecer si se cumple el periodo mencionado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000. En efecto, de conformidad con el literal c) del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 "...la frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione del cargo en planta interna, según el caso". De acuerdo con este precepto se requiere del acta de posesión para poder contabilizar el término a partir del cual el funcionario está en cumplimiento del período de alternancia, prueba que se extraña en el presente proceso y que valga decir no fue requerida por la parte actora. En esta instancia, resulta imperioso manifestar que en fallos de tutela contra providencia judicial, que datan del 8 de octubre de 2014 y 12 de marzo de 2015, esta Sección, como juez constitucional, avaló que el estudio, en el proceso electoral, se realizará solamente con apoyo en los decretos de nombramiento de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de analizar las pretensiones de la demanda; sin embargo, este hecho obedeció a que en el transcurso del proceso ordinario a dicha Cartera Ministerial se le requirió para que aportara la historia laboral de ciertos funcionarios y no cumplió con lo que se le ordenó en la medida que omitió allegar las actas de posesión. La falencia probatoria del demandante fue advertida por el a quo, en el fallo apelado; sin embargo, el recurrente considera que esta carga probatoria le compete al Ministerio de Relaciones Exteriores. La anterior tesis no es de recibo por esta Sala de decisión pues, como bien lo advierte el artículo 167 del C.G del P., "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", así las cosas, le compete al actor acreditar o demostrar que en efecto los funcionarios que cita en la demanda podían haber sido nombrados en lugar

del doctor Brito Jiménez, lo cual conllevaría a la ilegalidad del decreto demandado en la medida que se desvirtuaría la afirmación según la cual ninguno de los inscritos en la carrera diplomática tenían los requisitos necesarios para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario. Además, en este caso, el demandante había podido cumplir con su carga probatoria limitándose a solicitar como pruebas a decretar las mencionadas actas de posesión, lo cual no requiere de mayor esfuerzo y por el contrario su inobservancia solo pone en evidencia su falta de cuidado y diligencia para probar los hechos en los que se funda su demanda electoral. Situación que también sirve de sustento para afirmar que el actor no contaba con imposibilidad alguna para obtener, bien sea directamente o por intermedio del Juez de lo Contencioso Administrativo, los elementos probatorios necesarios para demostrar sus afirmaciones. De acuerdo con lo dicho ante la carencia probatoria la Sala despachará este cargo de manera negativa, confirmando la sentencia apelada. Por otra parte, el recurrente en los alegatos de conclusión solicita que se tenga en consideración los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección "A"; sin embargo, la Sala advierte que dicho fallo está en sede de apelación en esta misma Sección razón por la cual no se pronunciará al respecto en el presente asunto. Sumado a lo anterior, no sobra mencionar que incluso la decisión antes referida el Tribunal carece de la característica de ser precedente jurisprudencial, por no tratarse de un fallo dictado por una Alta Corporación, situación que también impediría que se abordara su estudio en la forma que lo pretende el demandante.

NOTA DE RELATORIA. Respecto del precedente jurisprudencial ver sentencias de tutela del Consejo de Estado Sección Quinta de 5 de febrero de 2014. Rad. N° 2014-01312-01. C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y de 19 de febrero de 2015, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 2013-2690-01

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00541-01

Actor: Enrique Antonio Celis Duran

Demandado: Ministro Plenipotenciario en la Embajada de Colombia ante El Gobierno de los Estados Unidos de America

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 6 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1.- La pretensión de la demanda

Se dirige a obtener la nulidad del Decreto No. 0116 de 21 de enero de 2015 “*Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*” mediante el cual se nombró provisionalmente al doctor ANDRES FELIPE BRITO JIMENEZ, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.

1.2.- Soporte fáctico

Por medio del Decreto No. 0116 de 21 de enero de 2015 se nombró provisionalmente al doctor ANDRES FELIPE BRITO JIMENEZ, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América, cargo que pertenece a la Carrera Diplomática y Consular de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Afirma la parte actora que el anterior nombramiento se realizó a pesar de que el doctor BRITO JIMENEZ no es funcionario de Carrera Diplomática y Consular y sin tener en consideración que para esa fecha -21 de enero de 2015- existían funcionarios de carrera inscritos como Ministros Plenipotenciarios “*quienes tenían mejor derecho a ocupar ese cargo, hecho que se demostrará con la certificación juramentada que para el efecto expida la señora Ministra de Relaciones Exteriores*”

Para tal efecto, manifestó que los señores: José Antonio Solarte Gómez, Hernán Vargas Martín y Hernán Mauricio Cuervo Castellanos ya habían ascendido al escalafón de Ministros Plenipotenciarios, para la fecha de expedición del decreto acusado de ilegalidad pero “*ocupaban cargos de inferior categoría como el de Ministro Consejero o Consejero*”.

De igual manera, sostuvo que los señores: Alberto Bula Bohórquez, Adriana Arias Castiblanco, Nohora María Quintero Correa, Pablo Antonio Rebolledo Schloss, Gustavo Humberto Paredes Rojas, Pilar Vargas Alvarez y Luz Amanda Restrepo Sabogal ascendieron al escalafón de Ministros Consejeros y tenían mejor derecho a ocupar el cargo en el que se nombró al doctor BRITO JIMENEZ.

Para el efecto, precisó que “*la comisión para ocupar cargos de inferior jerarquía y dignidad, en el caso de un Ministro Plenipotenciario, termina cuando se da la vacante del cargo equivalente como es el empleo de Ministro Plenipotenciario, código 0074, grado22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América*”.

Sumado a lo anterior alegó que el doctor ANDRES FELIPE

BRITO JIMENEZ no tiene los méritos ni la preparación para ejercer el cargo para el cual fue nombrado, no demostró el dominio del idioma inglés u otro de uso diplomático distinto al español, como deben acreditarlo quienes deseen ingresar a la carrera diplomática.

Expuso que la trayectoria del doctor BRITO JIMENEZ no resulta “*comparable*” con las capacidades de un funcionario de carrera diplomática quien para alcanzar el rango de Ministro Plenipotenciario debe acreditar más de 20 años de servicio, formación, experiencia, superar exámenes de conocimientos y evaluaciones anuales de servicios.

La misma comparación la realiza el actor frente a un funcionario de carrera diplomática que llega al rango de Ministro Consejero luego de más de 16 años de servicios y los requisitos antes descritos, con la salvedad de que puede ejercer “*...un cargo equivalente a la categoría inmediatamente superior a la que está inscrito, en virtud de la comisión para situaciones especiales*”.

Alegó que el Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera permanente, aplica el literal a) del artículo 53 del Decreto 274 de 2000 –comisión para situaciones especiales- designa funcionario de carrera en empleos de inferior rango o jerarquía y muy “*excepcionalmente la comisión para cargos equivalente a la categoría inmediatamente superior*”.

Finalmente, adujo que no existe fundamento “*serio*” para haber hecho uso de la facultad excepcional conferida por el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y nombrar al doctor BRITO JIMENEZ en el segundo cargo más alto de la función diplomática.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El demandante señala que el decreto demandado vulnera la siguiente normativa:

i) Constitución Política: artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125. En razón de que el Ministerio de Relaciones Exteriores al aplicar el artículo 60¹ del Decreto Ley 274 de 2000² “*omitió tener en cuenta que solo puede utilizar este poder excepcional de designar en provisionalidad cuando no exista personal de carrera con el que se pueda ocupar el cargo. La realidad es que sí debía ser suplido este cargo con los ministros plenipotenciarios que ocupaban cargos de inferior rango e incluso si hipotéticamente no hubiese ninguno de ellos ejerciendo empleos de rango inferior; los Ministros Consejeros que estaban en condiciones laborales injustas de ocupar cargos de inferior rango tienen los méritos para haber sido*

1 ARTÍCULO 60. NATURALEZA. Por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.

2 “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”

designados en comisión para situaciones especiales”.

ii) Artículo 4º del Decreto Ley 274 de 2000. Este precepto contiene los principios de moralidad, imparcialidad, publicidad y transparencia que deben regir en la carrera diplomática y consular; sin embargo, en este asunto fueron desatendidos en razón de que no había fundamento alguno “...*para designar a una persona que no pertenece a la carrera [y tampoco] para ejercer la facultad reglada de la provisionalidad”.*

iii) Artículo 53 del Decreto Ley 274 de 2000. Esta norma prevé la situación especial o excepcional en la cual la Administración puede designar, entre otros casos, a un funcionario de carrera para que ocupen un cargo de inferior jerarquía al de su categoría, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-292/01; por tanto, “...*no puede mantenerse si las condiciones reales acreditan que existe un cargo dentro de la categoría o de la categoría inmediatamente superior a la que pertenece el funcionario de carrera para nivelar sus condiciones de carrera”.*

Asimismo, afirmó que en la mentada sentencia la Corte Constitucional se limitó a manifestar la “*excepcionalidad de la comisión de cargos de libre nombramiento y remoción, situación que es mucho más estricta frente a los cargos de carrera diplomática y consular como es el presente caso, en donde no se puede mantener a un Ministro Plenipotenciario e incluso a un Ministro Consejero ocupando en comisión un empleo de inferior nivel al que corresponde”.*

iv) Artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Dado que por medio del decreto demandado se nombró al doctor BRITO JIMENEZ a pesar de que existía personal inscrito en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores lo cual se omitió en el presente caso, situación que incluso tiene la entidad suficiente para afectar los derechos fundamentales que les asisten a los funcionario de carrera de esa Cartera Ministerial

Luego de precisar que esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional “...*lo hizo en el entendido de que se acude a este excepción cuando hay imposibilidad de nombrar funcionarios de carrera en aplicación a las leyes vigentes. En el caso que nos ocupa, existía el deber legal de la administración de nombrar a un funcionario de carrera inscrito en el escalafón de carrera en lugar del señor Andrés Felipe Brito Jiménez, ya que existían funcionarios de carrera que estaban ocupando en provisionalidad cargos inferiores a su categoría”.*

1.4. Trámite del Proceso

Presentada la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” la admitió mediante auto de 5 de marzo de 2015, en el cual se ordenaron, conforme a la normativa aplicable, las debidas notificaciones.

1.5. Contestaciones

1.5.1 Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Mediante apoderado, solicitó que se negaran las súplicas de la demanda. Para el efecto, manifestó que las pretensiones de la parte demandante carecen de fundamento pues el decreto demandado se dictó con apego a los parámetros legales y constitucional aplicables al asunto, siembre se actuó con respeto de “*la institución de la provisionalidad en el régimen de carrera diplomática y consular”*, en especial del artículo 60 del Decreto 274 de 2000 que otorga la facultad de designar funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular.

Luego de pronunciarse respecto de los hechos de la demanda como argumentos de defensa expuso que:

i) Revisadas las normas que se citan como infringidas ninguna de ellas exige que el funcionario nombrado para ocupar el cargo de ministro plenipotenciario deba pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular, por el contrario el nombramiento ahora cuestionado se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que faculta a la Administración a llevar a cabo estos nombramientos en provisionalidad.

En desarrollo de lo anterior, explicó que en virtud de la diferencia que existe desde la naturaleza jurídica de cada forma de vinculación –propiedad o provisionalidad–, en este caso no es dable afirmar que el nombramiento del doctor Brito Jiménez amenazó o vulneró la estabilidad laboral de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ii) Analizada la hoja de vida del doctor ANDRES FELIPE BRITO resulta evidente que cumple de manera amplia los requisitos de estudio y experiencia exigidos para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario, razón adicional para defender la legalidad del acto demandado.

Por lo anterior, concluyó que las normas que se citan como vulneradas en la demanda resultan “...*de contenido general, abstracto, impersonal que jamás pueden servir para edificar un cargo de nulidad por violación de la ley”.* Pues dichos preceptos contienen “*normas y enunciados generales de derechos y principios (...) que jamás pueden ser desconocidos por el acto administrativo acusado, tratándose de normas que no son aplicables directamente, sino a través de disposiciones particulares y concretas que no fueron citadas en este caso”.*

Sumado a lo dicho, sostuvo que carece de claridad el cargo esbozado por la parte actora relacionado con que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían funcionarios inscritos en carrera en el rango de Ministro Plenipotenciario y nombrados en empleos con inferior rango, pues esta situación, por sí sola, no permite afirmar que estos tengan un mejor derecho que el doctor BRITO JIMENEZ para ser nombrados.

Así mismo, sostuvo que la proposición jurídica que se presenta en la demanda está incompleta y contiene una errada interpretación de los artículos 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 en virtud de la "...especial connotación de la labor desarrollada por dichos funcionarios y la trascendencia de la misma en el concierto tanto nacional como internacional, generó la edificación de un régimen jurídico de carrera administrativa particular y concreto que goza de instituciones propias como la alternación, la comisión para situaciones especiales, el traslado y la permanencia, entre otros"; sin embargo, en este caso el demandante se limitó a referirse a la primera de las enunciadas sin advertir la existencia de las restantes y en las cuales también se puede fundar la excepción de nombrar a una persona que no pertenezca a la carrera diplomática y consular.

iii) Explicó que de conformidad con el artículo 3º del Decreto Ley 274 de 2000, el personal perteneciente a la carrera diplomática debe: a) prestar sus servicios en planta externa por cuatro años continuos, prorrogables por dos más, y en planta interna durante tres años también prorrogables.

El mentado decreto también se encargó de disponer los tiempos de servicios requeridos para los ascensos y los demás requisitos que "...permiten a cada funcionario ascender a cada una de las categorías del escalafón en tiempos distintos a los señalados por la ley para su alternación en plantas externa e interna, respectivamente".

Otra de las situaciones administrativas, es la denominada permanencia propia de la carrera diplomática y consular en la cual los funcionarios inscritos pueden optar por no solicitar el ascenso y permanecer por un término de cuatro años adicionales al señalado en el artículo 27 del decreto en mención, en la categoría en la que se encuentren.

Lo anterior resulta relevante para el presente caso porque en virtud de lo explicado y de los principios de transparencia, eficacia y especialidad, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen derecho a cumplir con los lapsos de alternación; es decir, a la prestación de sus servicios en la planta interna, en la externa, en un cargo que corresponda con la categoría de su escalafón o incluso en uno superior o inferior, en todo caso tendrá derecho al reconocimiento de la diferencia existente entre la asignación propia de su categoría y la del cargo que desempeñe en comisión.

La Administración cuenta con la posibilidad, artículo 60 del Decreto Ley 270 de 2000, de designar en encargo a personas que no estén inscritos en la carrera diplomática, cuando no fuera posible cubrir la vacante con funcionarios inscritos en la misma.

Con fundamento en lo expuesto, sostuvo que para la fecha de la expedición del acto administrativo de nombramiento demandando, existía la imposibilidad de nombrar a funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular en el

rango de Ministro Plenipotenciario porque en el caso de los señores: Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín, estaban cumpliendo su lapso de alternación en plata externa o interna atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil.

Fue por lo anterior que el nombramiento ahora cuestionado se fundó en la excepción del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000.

iv) Refirió que se opone a la prosperidad del cargo del demandante según el cual se desconocen los derechos laborales de los servidores públicos al permitir que los funcionarios laboren en condiciones inferiores a las adquiridas con base en sus méritos y experiencia, pues como antes se explicó dicha situación se presenta con fundamento legal y debe ser entendida "...en el contexto de la alternación entre el servicio en planta interna y el servicio en plata externa, alternación que se explica como un desarrollo de los principios de eficiencia y especialidad".

De acuerdo con lo anterior, reiteró que es por la necesidad de dar cumplimiento a los lapsos de alternación que se hace imperioso recurrir a designaciones de personal de planta externa en planta interna en un cargo inferior a aquél en que se encuentra inscrito en el escalafón el funcionario con la conservación del nivel de asignación básica correspondiente a su asignación.

La anterior tesis, manifiesta, fue avalada por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los mentados nombramientos y por el Consejo de Estado que al resolver casos similares al presente denegó las súplicas de la demanda³, al considerar que si bien "...la regla general para acceder a los cargos de carrera diplomática y consular se fundan en el mérito, la norma reconoce que dichos empleos puedan ser ocupados por personas que no pertenezcan a la carrera 'cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de carrera diplomática y consular para proveer dichos cargos', de acuerdo con el artículo 60 del Decreto 274 de 2000".

En este sentido y de conformidad con los argumentos relatados concluyó que no existe la vulneración alegada al artículo 6º de la Constitución Política, pues el nombramiento acusado de ilegal se profirió con debido acatamiento al ordenamiento jurídico y por el contrario se evidencia el "...desconocimiento por parte de la demandante en las normas jurídicas aplicables la carrera diplomática y consular, incluso se construye con una total ligereza, acusaciones por el desacato a las normas que establecen la institución de la provisionalidad,

3 Para el efecto, citó el proceso No. 250002341000201300227-01 que según su dicho reitera las sentencias de 3 de junio de 2010, exp. No. 2003-0012-01 y de 4 de marzo de 2004 Rad. 2009-00043-00. Posteriormente ratificada en sentencia de 16 de octubre de 2014, Rad. 250002341000201400013-01

pretendiendo adicional que hubo una vulneración a las normas constitucionales, nada más alejado de la realidad, cuando lo cierto es que este Ministerio ha implementado unas políticas públicas para garantizar los principios que orientan la función administrativa”.

v) Refirió que en este preciso caso no debe obviarse que el acto administrativo demandado fue expedido en virtud de la facultad discrecional pero con plena adecuación a los fines establecidos en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 que autoriza a la Administración, en este caso al presente Ministerio, para adoptar la decisión que considere pertinente; hacer un nombramiento en provisionalidad, lo cual se realizó sin afectar los derechos laborales adquiridos por los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores inscritos en carrera diplomática.

vi) Por último, expuso que el demandante no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo de nombramiento que solicita declarar nulo, de conformidad con las razones antes expuestas (fls. 53 al 71).

1.5.2. De Andrés Felipe Brito Jiménez

Solicitó denegar las súplicas de la demanda porque el acto demandado goza de presunción de legalidad al haberse dictado de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y por cumplir con los requisitos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario para el cual fue nombrado.

Respecto de los hechos en los que se funda la demanda que en efecto no es funcionario de carrera diplomática y su nombramiento obedece a necesidades del servicio.

Informó que la Dirección de Talento Humano de la Cancillería verificó y constató el cumplimiento a cabalidad de los requisitos legalmente exigidos para desempeñar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Destacó que no existe prueba que demuestre en qué condición se encontraban los funcionarios que cita la parte actora en su escrito como tampoco si estas personas estaban en servicio en planta externa, ni la intención de ellos de ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Por el contrario la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores verificó que no era posible designar a ningún funcionario escalafonado, ni como Ministro Plenipotenciario ni como Ministro Consejero.

Luego de relatar sus logros académicos y laborales concluyó que fue nombrado mediante el decreto acusado por su *“...gran conocimiento del país, de su cultura, de sus habitantes, de su ámbito económico, político, laboral y académico y de mi impecable dominio del idioma inglés ya que estudié y trabajé en dicho país desde hace más de 5 años”.*

Además afirmó que su formación y experiencia se ajusta a las necesidades misionales de la embajada de los Estados Unidos de América, las que están dirigidas a la coordinación y apoyo a proyectos e iniciativas dentro del planteamiento y eventual ejecución del postconflicto, en lo relacionado con la cooperación bilateral y coordinación de la agenda de ciencia y tecnología en el marco de la agenda bilateral.

Resaltó que no es dable realizar la comparación entre los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores pertenecientes a la carrera diplomática y su experiencia profesional y académica porque *“...precisamente yo fui nombrado en provisionalidad por el principio de especialidad y en razón del servicio, debido a la exigencia que se requería...”.*

En lo demás, manifestó que coadyuva los argumentos de defensa expuestos por el Ministerio de Relaciones Exteriores en la contestación de la demanda (fls. 85 al 91).

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 11 de mayo de 2015, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 25 del mismo mes y año (fl. 133), la cual se desarrolló en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011.

En dicha audiencia que se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades (que no hubo), establecer la competencia de la Sección para fallar, se fijó el litigio de la siguiente manera:

2.1 Fijación del Litigio del *a quo*

Determinar si el acto de nombramiento del doctor ANDRES FELIPE BRITO JIMENEZ –Decreto 0116 de 21 de enero de 2015- proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es nulo por atentar contra los artículos 4º, 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y 6º, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política.

III. ALEGATOS DE CONCLUSION DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. El Procurador Décima Judicial II Administrativa, solicitó negar las pretensiones de la demanda y rindió su concepto en los siguientes términos:

3.1.1. *“Inexistencia de Violación del Decreto Ley 274 de 2000”.*

En lo referente al presunto desconocimiento del artículo 60 del mencionado decreto ya que según el dicho de la parte actora se desatendió la obligación de nombrar a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática, el Agente del Ministerio Público luego de transcribir apartes de la sentencia del Consejo de Estado de 16 de octubre de 2014⁴ y de considerar las

⁴ M.P. doctor Alberto Yepes Barreiro, de la cual no manifestó su radicación

pruebas allegadas al expediente anunció que era evidente que los funcionarios citados, para el 21 de enero de 2015 –fecha del nombramiento cuestionado- se encontraban en curso de la alternancia; por tanto, *“...no existían funcionarios de carrera diplomática y consular disponibles (...) por lo anterior el cargo no tiene vocación de prosperar”*.

Luego de transcribir el artículo 4º del mismo decreto contentivo de los principios rectores de la función pública en el servicio exterior y de la carrera diplomática y consular concluyó que los funcionarios que ocupaban cargos de inferior jerarquía no podían ser nombrados en un cargo superior sin atender los requisitos de los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000. Así las cosas, los nombramientos en provisionalidad están legalmente autorizados en virtud del principio de especialidad, como ocurrió en el presente caso en el cual está probado que el nombramiento demandado se llevó a cabo para la fecha en la que no existían funcionarios de carrera diplomática *“...en disponibilidad de ser designados”* (fls. 218 al 231).

3.1.2. La parte actora

Reiteró su petición de que se declare la nulidad del acto de nombramiento del doctor ANDRES FELIPE BRITO, en razón de que se infringió el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 por haberlo nombrado sin tener en consideración a los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular.

Sostuvo que de conformidad con la sentencia C-292-01 de manera excepcional es posible nombrar a un funcionario de carrera diplomática que esté inscrito en un cargo de inferior cargo a uno superior pero no puede mantenerse una situación de provisionalidad *“...si las condiciones reales acreditan que existe un cargo dentro de la categoría e incluso en la categoría inmediatamente superior”*. Tesis que según su dicho prohibió el Consejo de Estado, Sección Quinta, en sentencia de 23 de abril de 2015⁵.

Destacó que obra en el expediente, certificación juramentada de la Ministra de Relaciones Exteriores, según la cual *“... para la fecha de expedición del acto demandado existían ocho funcionarios de carrera quienes, de conformidad con el Decreto Ley 284 de 2000, tenían la aptitud legal y de méritos para ocupar en propiedad el cargo objeto de la presente demanda por estar inscritos en el escalafón de Ministro Plenipotenciario”*.

En criterio del demandante, dicha certificación demuestra que el nombramiento del doctor BRITO JIMENEZ vulnera los principios del mérito, del buen servicio y de racionalidad del gasto *“...porque se debió designar a uno de esos funcionarios de carrera ya inscrito, para la fecha de expedición del mismo, en la categoría correspondiente a ese cargo y quien ejercía un empleo de inferior rango o jerarquía”*.

Además, esa circunstancia genera que esa Cartera Ministerial allegue las pruebas necesarias para demostrar que esos 8 funcionarios no podían ser designados y expresar las razones de dicha imposibilidad.

Al abordar el aspecto del cumplimiento de los requisitos por parte del doctor BRITO JIMENEZ para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario advirtió que allegó certificados laborales que no contienen las funciones desarrolladas, ni el nombre del cargo que desempeñó. Resaltó que dicho cargo bien podía haber sido ocupado por un Ministerio Consejero o por los 8 Ministros Plenipotenciarios que refirió la Ministra de Relaciones Exteriores en la certificación antes mencionada *“...por cuanto los méritos y experiencia en funciones especialísimas del servicio exterior son superiores a la del designado en provisionalidad”*.

Afirmó que la circunstancia de que algunos funcionarios estaban en periodo de alternación, se soluciona al tener en consideración que el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta con una planta global y flexible con igual remuneración o asignación salarial independiente de que las funciones de los cargos del servicio exterior pertenecientes a la carrera diplomática y consular se ejercen en el exterior o en Colombia.

Asimismo, adujo que el periodo de alternancia, no es requisito para que al funcionario de carrera sea designado *“...sino que es un movimiento del personal que le permite al servicio exterior contra con la sinergia entre la experiencia laboral dentro del país como fuera de él, de quienes han sido llamados y escogidos por méritos para desarrollar la política exterior del país en forma coherente, estable y a largo plazo”* (Fls. 232 al 239).

3.1.3. Del Ministerio de Relaciones Exteriores

Por intermedio de su apoderado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, pues el acto demandado se profirió sin incurrir en las cuales de los numerales 1º y 5º del artículo 275 del C.P.A.C.A., como tampoco está viciado de falsa motivación, desviación de poder, falta de competencia, no afecta la Constitución Política ni las normas que rigen la carrera diplomática y consular y mucho menos tiene la virtualidad de afectar derechos laborales de los funcionarios del Ministerio inscritos en carrera.

Expresó que las pruebas allegadas demuestran la legalidad del acto de nombramiento acusado porque se dictó luego de verificar el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo por parte del nombrado, así como la facultad legal y la competencia de la Ministra para expedirlo, la necesidad del servicio y la imposibilidad de designar en el cargo a uno de los funcionarios inscritos en el escalafón en la categoría de Ministro Plenipotenciario o Ministro Consejero.

Resaltó que el acto administrativo demandado cumple con las exigencias legales de existencia, validez y eficacia, por lo cual resulta legal, pues se nombró a una persona que no

⁵ Rad. No. 2014-2734-01. Actor. Ministerio de Relaciones Exteriores contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”

estaba inscrita en la carrera diplomática ante la imposibilidad de designar a aquellos funcionario que sí estaban inscritos, razón por la cual se acudió al artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000 –principio de especialidad- pero adicionalmente se cumplieron los requisitos exigidos para el cargo, por parte del doctor BRITO JIMENEZ, y el nombramiento cumple con todos los requisitos legales necesarios para su validez y legalidad.

Explicó que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 60 de Decreto Ley 270 de 2000 –sentencia C- 292 de 2001-, en su criterio, precisó “...*que existen dos hipótesis que tiene la Administración para poder realizar nombramientos en provisionalidad en un empleo de la Carrera Diplomática y Consular de la entidad no haya cumplido todos los procedimientos legales para ocupar dicho cargo en propiedad o en periodo de prueba –tercer secretario*”

Y el otro en virtud del principio de especialidad, basado en las necesidades del servicio, cuando se requiera de conocimientos en un tema determinado”.

De acuerdo con lo expuesto y analizadas las pruebas allegadas al proceso, (verificación del registro de elegibles e informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores), se comprobó que no era posible designar en ese cargo a un funcionario inscrito en el escalafón de carrera diplomática y consular, a pesar de que se adelantaron los procedimientos establecidos para cada una de las situaciones administrativas de los servidores registrados. En atención al principio de alternación en el caso de los señores Jairo Augusto Abadía Mondragón, Alicia Alejandra Alfaro, Ruth Mary Cano Aguilón, Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, Francisco Alberto González, Olga Cielo Molina de la Villa, Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y Hernán Vargas Martín.

Por su parte, tampoco podía haberse nombrado a la señora Alicia Alejandra Alfaro porque estaba prestando sus servicios en otra entidad pública.

En los demás reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, para fundar su petición de negar las pretensiones de la parte actora (fls. 240 al 248).

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, mediante sentencia de 6 de agosto de 2015, decidió:

“1º) *Abstenerse de pronunciarse sobre el nuevo cargo propuesto por la parte actora en los alegatos de conclusión relacionado en el ordinal 12 de la parte considerativa de la sentencia* (fl. 26).

2º) *Sin condena en costas a la parte actora.*

3º) *Deniéganse las pretensiones de la demanda”.*

Como fundamento de su decisión manifestó el objeto de la controversia, los hechos probados en el expediente y la normativa aplicable al presente asunto.

Acto seguido concluyó que, si bien, existían funcionarios inscritos en carrera diplomática en el escalafón de Ministros Plenipotenciarios, ello no deviene en la ilegalidad del acto de nombramiento demandado porque “...*no está demostrado el cumplimiento del requisito adicional exigido por el Decreto No. 274 de 2000 para tener derecho de acceso al cargo referente al régimen de alternación”.*

Advirtió, que en casos similares el Consejo de Estado⁶ ha reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación en los cargos pertenecientes a la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Luego de transcribir los artículos 35, 36 y 37 del Decreto Ley 274 de 2000 expuso que el Consejo de Estado en el fallo referenciado del 3 de junio de 2010 arguyó que “...*las normas transcritas avalan la conclusión, entre otras, de que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en Planta Interna como Externa, está sujeta a los periodos de alternación, es decir que no solamente será necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, como se exigía como condición única bajo el régimen del Decreto 10 de 1992, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a uno de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación, no se encuentre en curso, es decir, que no haya terminado”.*

Por su parte, en la sentencia de 30 de enero de 2014 insistió en que “...*no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para ser nombrado”.*

Con fundamento en los anteriores pronunciamientos judiciales para el Tribunal es evidente que no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además resulta imperioso el cumplimiento de los periodos de alternación, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el Decreto Ley 274 de 2000.

Adujo que, la parte actora no aportó ninguna prueba que demuestre que las ocho personas inscritas para el cargo de Ministro Plenipotenciario hayan terminado los lapsos de alternación como lo exige los artículos 35

⁶ Sentencia de 3 de junio de 2010. Rad. No. 2009-00043-00, C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, tesis reiterada por fallo de 30 de enero de 2014. Rad. No. 2013-00227, C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

y siguientes del decreto en mención. Pero sí se probó que “...los funcionarios se encuentran adelantando los respectivos periodos de alteración en diferentes cargos dentro de la carrera diplomática y en la actual planta de la cancillería”, conclusión a la que arriba luego de analizar el informe bajo juramento rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores, el cual no fue desvirtuado por la parte demandante, razón por la cual “...dicho informe comprueba que la exigencia requerida atinente a la alternación no fue cumplida por parte de los ocho funcionarios escalafonados para el cargo de Ministro Plenipotenciario; en otros términos, dicha prueba no fue tachada y menos desvirtuada”.

De acuerdo con lo expuesto, no existían, para el momento del nombramiento, otros funcionarios de carrera disponibles para la designación de Ministro Plenipotenciario, por estar en cumplimiento de lapsos de alternación, de los cuales no obra prueba de su terminaron, razones que consideró suficientes para denegar este cargo.

Por otra parte, la Sala también desvirtuó el cargo según el cual existían funcionarios de carrera inscritos en el cargo de Ministros Plenipotenciarios, pero ocupaban cargos de inferior jerarquía, porque el demandante, quien tenía la carga de la prueba, no demostró su afirmación.

Al analizar la presunta falta de cumplimiento de los requisitos por parte del doctor BRITO JIMENEZ para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciarios, luego de estudiar el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, nuevamente acudió al informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores⁷ y a los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto demandado se tiene que el doctor ANDRES FELIPE BRITO “...acreditó ser ingeniero industrial de la Universidad de los Andes, con maestría en administración y negocios otorgado por Darmouth College –Estados Unidos, adquirió parte de su experiencia profesional en New York y domina el idioma inglés, lo que evidencia que sí cumplió con los requisitos exigidos por la ley para ser nombrado en provisionalidad...”.

Destacó el *a quo* que la parte demandante en los alegatos de conclusión aludió a “...una planta externa e interna del servicio exterior es un error por cuanto aquellas fueron derogadas por el Decreto 3358 de 2009 junto con las modificaciones realizadas por los Decretos 1444 de 2011 y 2675 y 47 de 2013, la Sala observa que realmente se trata de un nuevo cargo que no fue planteado en la demanda, lo cual hace que no sea posible abordar su análisis porque, en tales conclusiones, se desconocería el derecho de defensa de la parte demandada al privarla de la oportunidad de pronunciarse y controvertir los argumentos que lo sustentan, por consiguiente la Sala se abstendrá de estudiar ese cargo” (fls. 250 al 277).

7 Allegado al expediente a filio 173

V. APELACION

La parte actora presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia en el cual precisó que contrario al dicho del *a quo* la alternación no es requisito, es “*un movimiento de personal*”, que deba cumplir un funcionario para que pueda ser designado pues no existe una norma que lo imponga, como pretende hacerlo ver el Tribunal, pues para ser nombrado basta con acreditar las exigencias legales, constitucionales de mérito, experiencia y capacidad para el ascenso a Ministro Plenipotenciario (Decreto Ley 274 de 2000, artículos 11, 12 y 26).

Sumado a lo anterior, precisó que “...el ascenso en la carrera diplomática y consular es por categorías y no se concursa para cargo alguno. El funcionario incluso puede estar retirado del servicio como es la disponibilidad e interrumpir, él mismo, esa situación para reintegrarse a la entidad. Luego el cargo es una condición de mérito, justicia, igualdad y se debe respetar la equivalencia. Hablar de cargos en propiedad es propio de la carrera administrativa pero no de este sistema específico de personal que es jerarquizado y el ascenso es por estrictas categorías”.

Resaltó que cualquiera de los ocho Ministros Plenipotenciarios inscritos en la carrera diplomática que estaban ocupando cargos de inferior jerarquía podían haber sido nombrados en el cargo que ocupa el doctor BRITO JIMENEZ, que pertenece a la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores “... sin que se interrumpa el periodo de alternación bien sea en el país o en el exterior” tal y como lo dispone el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, norma que según el apelante fue aplicada por el Consejo de Estado en la sentencia de 23 de abril de 2015⁸. Fallo que advierte el recurrente fue desconocido por el *a quo*.

De igual forma, cuestiona la parte actora el hecho de que se le endilgue la falta de prueba que acredite que los ocho funcionarios inscritos para el cargo de Ministros Plenipotenciarios hayan terminado el lapso de alternación porque en su criterio le compete al Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, “...que no le era posible designar a ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios”, como también debía “... demostrar razonadamente y con prueba documental que ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios tenía menos de un año en la respectiva misión u oficina consular para ser designado en el cargo objeto de la demanda o que le era imposible adscribir ese cargo a cualquiera de las misiones u oficinas consulares en donde se encontraba aquellos, por ser una planta global”.

Finalmente, en lo atinente, al cargo que el Tribunal decidió no analizar, por presentarse hasta la interposición de los alegatos de conclusión afirmó que “no es propiamente un cargo” pero el Juez de lo Contencioso Administrativo de conformidad con

8 Rad. 2014-02734-01. C.P. doctor Alberto Yepes Barreiro

el artículo 103 del C.P.A.C.A., tiene el deber de impartir justicia material, de examinar todo el ordenamiento legal porque “...él es la garantía de la vigencia del estado de derecho. Examinar una realidad jurídica por parte del juez, de la desaparición de las circunstancias de derecho que sustentaban las dos plantas de personal, es un asunto que no conlleva violación alguna del derecho de defensa de la parte demandada. Por el contrario, omitir esta cuestión, bien sea expuesta en la demanda o en el escrito de alegato conllevaría a que la sentencia no sea congrua” (fls. 287 al 290).

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. Concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores

Esta Cartera Ministerial manifestó que se debe confirmar la sentencia apelada, para lo cual, reiteró que el acto demandado se expidió con apego a las normas legales aplicables al caso y el doctor BRITO JIMENEZ cumple con los requisitos exigibles para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario.

Referente a la sentencia apelada anunció que está debidamente sustentada con la jurisprudencia del Consejo de Estado, aplicable al asunto objeto de análisis, se analizó el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Además, quedó acreditado que no era posible designar a ninguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática en el cargo de Ministro Plenipotenciario, como lo certificó la Dirección de Talento Humano del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la declaración juramentada de la jefe de esa Cartera.

Mencionó que por razones de necesidad, de buen servicio y haciendo uso de la provisionalidad expidió el acto administrativo de nombramiento del doctor BRITO JIMENEZ, razones por las cuales no está viciado de ilegalidad como lo aduce el demandante.

En los demás, reiteró los argumentos ya expuestos en este proceso y solicitó confirmar la sentencia apelada, en consecuencia, denegar las súplicas de la demanda porque “... es evidente que dicho nombramiento se encuentra ajustado a derecho, se expidió de acuerdo a las normas que facultan a la administración de vincular a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera diplomática y consular, siendo expedido con observancia de las normas legales y constitucionales vigentes, por esta razón, no existe ninguna violación de normas de carácter constitucional o legal, ni desviación de poder, ni se incurrió en las causales establecidas en los numerales 1º y 5º del artículo 275 del C.P.A.C.A., ni es contrario a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sección Quinta y respectivamente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca tanto en la Subsección A como en la B de la Sección Primera, que en casos similares ha decidido que este tipo de nombramientos es legal” (fls. 305 al 314).

6.2. De la parte demandante

Pidió que se revocara la sentencia apelada y, en consecuencia, que se accedan a las pretensiones de la demanda porque para la fecha de expedición del decreto de nombramiento demandado existían ocho funcionarios de carrera diplomática y consular en la categoría de Ministro Plenipotenciario ocupando cargos de inferior rango y la alternación no es un requisito legal que les impida, a cualquiera de ellos, ser designados en el cargo a que tienen derecho, tanto por méritos como por el principio de la especialidad.

Previo a abordar el asunto de fondo de la presente controversia, el demandante manifestó que:

“...el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 103, precisa que el objeto de los procesos ante la jurisdicción es el de la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. Esto implica un cambio fundamental para la realización del derecho de acceso a la justicia material porque el examen de legalidad de un acto administrativo va más allá de las causales o razones expuestas en la demanda –las que a mi modo de ver, se extienden a las presentadas en los alegatos y recursos-, ya que siempre que exista prueba suficiente dentro del expediente de donde emane la verdad –o, si aún esta no es clara, le corresponde al juez decretar prueba de oficio, artículo 213 ibidem, para esclarecer la verdad-, la sentencia debe ser congrua y no puede desatender la verdad ni la justicia material.

En este sentido, considero la existencia de un cambio de paradigma porque el principio de la justicia rogada, bajo el cual el juez se limitaba a examinar las causales de la demanda y dejaba de lado las violaciones a la ley que emanan de las pruebas practicadas –pero que eran presentadas como causales en los escritos de alegatos o de apelación, bajo el argumento de que la administración no tuvo conocimiento previo-, ha quedado atrás y se impone, como garantía de efectividad de los principios de Estado de Derecho, una justicia material, fundada en la verdad y la preservación del orden jurídico”.

Ya en torno al tema objeto de estudio, según la parte demandante, al juez de la segunda instancia le corresponde definir si la alternación es requisito obligatorio para que cualquiera de los ocho Ministros Plenipotenciarios pueda acceder a dicho cargo, así como la forma en que se debe entender el contenido del párrafo⁹ del artículo 37 del Decreto

9 PARÁGRAFO. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraran prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país.

Ley 274 de 2000. Asimismo, debe esclarecer cuántos de esos ocho funcionarios ya tenían más de 12 meses de laborar en el exterior para que la administración hubiese dado aplicación a dicha norma y procurar porque los mismo no ocupen un cargo de inferior rango.

Adjuntó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” de 13 de agosto de 2015¹⁰ “... en el que se examinan los mismos problemas jurídicos del presente proceso y, razonablemente, el Tribunal se aparta del criterio del Consejo de Estado, Sección Quinta, Exp. 2013-00227, demandante Nancy Benítez Páez” en razón de que:

“...en el material probatorio aportado por la demandante obra el listado de los funcionarios que pertenecen a la Carrera Diplomática y Consular con su respectivo escalafón y el cargo desempeñado hasta agosto de 2012, fecha en la cual se expidió la documentación a solicitud de la parte actora, pero sin establecer los periodos de alternación de los funcionarios, dato imprescindible para determinar su disponibilidad para ser designados en los cargos de carrera que resulten vacantes en el momento en que se profirió el acto acusado”.

Destacó que el Tribunal no consideró necesario aportar los periodos de alternación de los funcionarios porque dicha situación no tiene incidencia en esta clase de casos en razón a que los funcionarios que están en el rango de Ministro Plenipotenciario ya cumplieron los periodos de alternación, los empleados de carrera diplomática y consular “... siempre van a permanecer en periodos de alternación porque en virtud del artículo 36 del Decreto Ley 274 de 2000 “...son los lapsos durante los cuales el funcionario cumple su función tanto en planta interna como en planta externa...”.

Por último, afirmó que debe desestimarse la circunstancia según la cual los funcionarios no podían ocupar el cargo en el que se nombró al doctor BRITO JIMENEZ porque se encontraban en cumplimiento de la alternación de un empleo inferior porque “...justamente, la irregularidad que aquí se advierte es que quien por mérito tiene el derecho no puede ejercerlo en el cargo que le corresponde y esta garantía le es esquilada por una persona que no ha cumplido con las exigencias propias de la carrera diplomática y consular y que no se ha preparado para prestar su servicio en dicho campo” (fls. 315 al 318).

6.3. Concepto del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Solicitó confirmar la sentencia apelada. Como fundamento de su concepto manifestó:

Respecto de la presunta falta de cumplimiento del requisito del idioma, luego de transcribir el artículo 61¹¹ del Decreto Ley

¹⁰ Rad. 2015-0542-00, M.P. doctor Luis Manuel Lasso Lozano

¹¹ ARTÍCULO 61. CONDICIONES BASICAS. La provisionalidad se regulará por las siguientes reglas:

a. Para ser designado en provisionalidad, se deberán cumplir los siguientes

274 de 2000, afirmó que el actor no probó tal circunstancia ni adelantó actividad alguna para confirmarla y sí obran en el plenario, pruebas que demuestran el cumplimiento de esta exigencia.

Sostuvo que el Consejo de Estado, Sección Quinta, analizó el contenido del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, en la sentencia de 5 de febrero de 2004¹², la que transcribió en extenso, para concluir que ante la identidad fáctica puede servir de fundamento para confirmar la decisión recurrida.

Al referirse a los argumentos que soportan la apelación adujo que la alternación es una “...particular situación administrativa de los servidores que pertenecen al sistema de carrera diplomática y consular que no constituye como lo señala el actor un requisitos para ser designado en cargos de carrera diplomática y consular; conforme a la norma que la consagra y regula es un deber de los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular conforme a la cual el servidor alterna sus servicios en la planta externa o en la planta interna con carácter obligatorio conforme lo señala el artículo 38 del Decreto 274 de 2000”.

Asimismo, expuso que carece de veracidad el planteamiento del actor según el cual el cumplimiento de la alternación no configura impedimento para ser designado por carecer de fundamento legal, pues esta tesis desconoce la normativa que regula la carrera diplomática en especial los artículos 35 y siguientes del Decreto Ley 270 de 2004.

Destacó que, si bien, la situación de prohibición de nombrar a quien está en situación de alternación no está expresa “... se infiere del conjunto de normas que regula este régimen de carrera y no puede ser desatendido por el operador pues las normas se han de considerar como un conjunto armónico y no como disposiciones aisladas”.

Al analizar el cargo de impugnación según la cual le compete a la Administración probar que los funcionarios citados en la demanda no podían ser nombrados en el cargo de Ministro Plenipotenciario, sostuvo que el mismo no resulta plausible porque el carácter excepcional del régimen de carrera diplomática no es razón suficiente para invertir la carga de la prueba “...por lo tanto, la regla general que rige el onus probandi sigue a cargo de quien la afirma”.

En razón de lo dicho, es al demandante a quien le corresponde probar la certeza de los hechos que fundan su demanda, además, resaltó que incumbe a las partes “...probar el supuesto

requisitos:

1.) Ser nacional Colombiano

2.) Poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento.

1) < sic, 3.)> Hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

¹² Exp. No. 2003-0013

de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, regla general sentada en el nuevo Código General del Proceso” (fls. 334 al 350).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del C.P.A.C.A., como también en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que denegó las pretensiones de la demanda

1. Conviene precisar, que la Sala de Decisión, por auto de 22 de octubre de 2015¹³, aceptó el impedimento manifestado por el Consejero doctor CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO y lo separó del conocimiento del proceso en el presente asunto.

2. Acto demandado

Se trata del Decreto No. 0116 de 21 de enero de 2015 “*Por el cual se realiza un nombramiento provisional en la planta de personal del Ministerio de Relaciones Exteriores*” mediante el cual se nombró provisionalmente al doctor ANDRES FELIPE BRITO JIMENEZ, Ministro Plenipotenciario adscrito a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de los Estados Unidos de América.

3. Problema jurídico

En la audiencia inicial la fijación del litigio fue determinar si el acto de nombramiento del doctor ANDRES FELIPE BRITO JIMENEZ –Decreto 0116 de 21 de enero de 2015- proferido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es nulo por atentar contra los artículos 4º, 53 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 y 6º, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 de la Constitución Política.

El *a quo* resolvió que no resulta suficiente con que existan funcionarios inscritos en carrera diplomática, además, resulta imperioso el cumplimiento de los periodos de alternación, requisito obligatorio dentro de la labor desarrollada en el servicio exterior en aplicación del régimen especial dispuesto mediante el Decreto Ley 274 de 2000, tal y como lo ha expuesto el Consejo¹⁴ de Estado en casos, en los cuales ha reconocido que para ser nombrado en propiedad en la carrera diplomática el funcionario debe haber cumplido el régimen de alternación.

Además, sostuvo que la parte actora no aportó ninguna prueba que demuestre que las ocho personas inscritas para el cargo de Ministro Plenipotenciario hayan terminado los lapsos

de alternación, pero sí está demostrado que esos mismos funcionarios están “...adelantando los respectivos periodos de alteración en diferentes cargos dentro de la carrera diplomática y en la actual planta de la cancillería”.

Al analizar la presunta falta de cumplimiento de los requisitos por parte del doctor BRITO JIMENEZ para acceder al cargo de Ministro Plenipotenciario, luego de estudiar el artículo 61 del Decreto Ley 274 de 2000, de acudir al informe rendido por la Ministra de Relaciones Exteriores¹⁵ y a los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto demandado concluyó que contrario al dicho del actor el mencionado doctor BRITO cumple con los requisitos legales para el desempeño de dicho cargo.

Por su parte el demandante, en el escrito de apelación, en síntesis sostuvo que contrario al dicho del *a quo* la alternación no es requisito, es “*un movimiento de personal*”, que deba cumplir un funcionario para que pueda ser designado, pues no existe una norma que lo imponga porque para ser nombrado basta con acreditar las exigencias legales y constitucionales para el ascenso a Ministro Plenipotenciario.

Insistió que los ocho Ministros Plenipotenciarios inscritos en la carrera diplomática, que estaban ocupando cargos de inferior jerarquía, podían haber sido nombrados en el cargo que ocupa el doctor BRITO JIMENEZ, cargo que pertenece a la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores “...*sin que se interrumpa el periodo de alternación bien sea en el país o en el exterior*” tal y como lo dispone el artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, que según el apelante fue aplicada por el Consejo de Estado en la sentencia de 23 de abril de 2015¹⁶ y fue desconocido por el *a quo*.

De igual forma, cuestiona la parte actora el hecho de que se le endilgue la falta de prueba por no acreditar que los ocho funcionarios inscritos para el cargo de Ministros Plenipotenciarios hayan terminado el lapso de alternación porque en su criterio, es al Ministerio de Relaciones Exteriores al que le compete probar “...*que no le era posible designar a ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios*”, como también debía “...*demostrar razonadamente y con prueba documental que ninguno de los 8 ministros plenipotenciarios tenía menos de un año en la respectiva misión u oficina consular para ser designado en el cargo objeto de la demandado o que le era imposible adscribir ese cargo a cualquiera de las misiones u oficinas consulares en donde se encontraba aquellos, por ser una planta global*”.

Finalmente, en lo atinente al cargo que el Tribunal decidió no analizar, por presentarse hasta la interposición de los alegatos de conclusión afirmó que, “*no es propiamente un cargo*” pero el Juez de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 103 del C.P.A.C.A., tiene el deber de impartir justicia material, de examinar todo el ordenamiento legal porque “...*él*

13 Folios 353 y 354

14 Sentencia de 3 de junio de 2010. Rad. No. 2009-00043-00, C.P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón, tesis reiterada por fallo de 30 de enero de 2014. Rad. No. 2013-00227, C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

15 Allegado al expediente a filio 173

16 Rad. 2014-02734-01. C.P. doctor Alberto Yepes Barreiro

es la garantía de la vigencia del estado de derecho. Examinar una realidad jurídica por parte del juez, de la desaparición de las circunstancias de derecho que sustentaban las dos plantas de personal, es un asunto que no conlleva violación alguna del derecho de defensa de la parte demandada. Por el contrario, omitir esta cuestión, bien sea expuesta en la demanda o en el escrito de alegato conllevaría a que la sentencia no sea congrua" (fls. 287 al 290).

Así las cosas, corresponde a la Sala verificar si el decreto de nombramiento demandado vulnera los postulados del Decreto Ley 274 de 2000, los derechos de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sin que resulte posible pronunciarse respecto de si el doctor BRITO JIMENEZ cumple o no los requisitos exigidos para ejercer el cargo de Ministro Plenipotenciario para el cual fue nombrado, pues el *a quo* concluyó que contrario al dicho de la parte actora, sí los cumplía a cabalidad, sin que este aspecto haya sido objeto de reparo en el escrito de apelación.

En consecuencia, para resolver la anterior problemática, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: *i)* normativa de la Carrera Diplomática y Consular; *ii)* la alternancia; *iii)* provisionalidad; y *iv)* caso concreto.

i) Normativa de la Carrera Diplomática y Consular

El Decreto Ley 274 de 2000 regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular. Según el artículo 5º de dicha normativa los cargos en el Ministerio de Relaciones Exteriores se clasifican en *a)* libre nombramiento y remoción; *b)* carrera diplomática y consular y; *c)* carrera administrativa.

Para el caso que nos ocupa, conviene precisar que de conformidad con el artículo 10º del decreto en mención, el cargo de Ministro Plenipotenciario hace parte del escalafón de la carrera diplomática y consular la cual según el artículo 13 de la misma normativa "*...es la Carrera especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito*".

En los siguientes artículos la mencionada normativa se encarga de regular el ingreso y ascenso a la carrera diplomática y consular, la evaluación y calificación del desempeño, la permanencia, la alternación, la disponibilidad, las comisiones, la provisionalidad, condiciones laborales especiales, el retiro del servicio, los órganos de carrera, el régimen disciplinario y demás aspectos pertinentes a la materia.

ii) La alternancia

Según el artículo 35 del Decreto Ley 274 de 2000 "*en desarrollo de los principios rectores de Eficiencia y Especialidad, los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular deberán cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, con lapsos de*

alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna".

El anterior precepto fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-808-2001¹⁷.

En este mismo sentido el Consejo de Estado definió la alternación como la "*...figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado*"¹⁸.

Por su parte, el artículo 37 se encarga de fijar la frecuencia de la mentada alternación, así:

"a. El tiempo de servicio en el exterior será de 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, según las necesidades del servicio, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario.

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieran el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

c. La frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso.

d. El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento de que trata el artículo 39, no será considerado como tiempo de prórroga ni como

¹⁷ Al respecto, adujo la Corte que "según el demandante el artículo 35, vulnera los artículos 1, 2, 4, 13 y 209 de la Constitución al incluir y privilegiar sólo dos de los principios fundamentales que deben orientar la función pública y excluir otros igualmente importantes. No obstante, el demandante olvida que el artículo 4 del decreto 274 de 2000 establece que además de los principios consagrados en la Constitución Política, son principios orientadores de la función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los principios de moralidad, eficiencia y eficacia, economía y celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, especialidad, unidad e integralidad y confidencialidad. Por lo tanto, no es cierto que el artículo 35 establezca una prelación entre principios que desconozca otros igualmente importantes, sino que el artículo 35 y el artículo 4 establecen conjuntamente los principios que deben orientar la carrera diplomática y consular. Por ello, el cargo contra el artículo 35 carece de fundamento y la Corte procederá a declarar la constitucionalidad de la norma acusada".

¹⁸ Sentencia de 30 de enero de 2014, Rad. No. 2013-0227-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

PARAGRAFO. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país” (Negrillas fuera de texto).

iii) Provisionalidad

El artículo 60 del decreto en análisis prevé que “...por virtud del principio de Especialidad, podrá designarse en cargos de Carrera Diplomática y Consular, a personas que no pertenezcan a ella, cuando por aplicación de la ley vigente sobre la materia, no sea posible designar funcionarios de Carrera Diplomática y Consular para proveer dichos cargos. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo” (Negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, sostuvo:

“La Corte advierte que en el artículo 60 la invocación del principio de especialidad se hace para permitir el nombramiento en cargos de la carrera diplomática y consular de personas que no pertenecen a ella y que a ello se remite la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad. En cuanto a esto hay que indicar que la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad. Si ello es así, no se advierten motivos para declarar inexecutable una norma que se ha limitado a permitir tales nombramientos previendo una solución precisamente para ese tipo de situaciones.

En el artículo 60 no se advierte contrariedad con norma alguna de la Carta Política pues la determinación de la naturaleza de los nombramientos en provisionalidad se liga a la imposibilidad de realizar nombramientos por aplicación de leyes vigentes. De ello se sigue que los cuestionamientos de constitucionalidad contra tal norma son infundados en tanto remiten al legislador la determinación de las circunstancias en las cuales se realizarán los nombramientos en provisionalidad. Por manera que los juicios de constitucionalidad procederán, en su momento, contra las normas que detallen los supuestos de hecho que permitan ese tipo de nominaciones”¹⁹.

Por su parte, el artículo 61 señala que para ser designado en provisionalidad se deben atender las siguientes exigencias: 1) ser nacional Colombiano; 2) poseer título universitario oficialmente reconocido, expedido por establecimiento de Educación Superior, o acreditar experiencia según exija el reglamento y; 3) hablar y escribir, además del español, el idioma inglés o cualquier otro de los idiomas oficiales de Naciones Unidas. No obstante el requisito de estos idiomas, podrá ser reemplazado por el conocimiento del idioma oficial del país de destino.

El mismo precepto prevé que el nombramiento en el servicio exterior, cuando se nombra en provisionalidad, no podrá exceder de cuatro años.

iv) Caso concreto

Como antes se precisó, compete a la Sala establecer si el decreto de nombramiento del doctor ANDRES FELIPE BRITO JIMENEZ, en el cargo de Ministro Plenipotenciario, en provisionalidad, resulta ilegal en la medida que al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores existían ocho funcionarios, en el rango de Ministro Plenipotenciario, inscritos en carrera diplomática y consular que tenían mejor derecho para ser nombrados.

De conformidad con la declaración rendida, mediante certificación juramentada, por la Ministra de Relaciones Exteriores, los anteriores funcionarios son: 1) Jairo Augusto Abadía Mondragón, 2) Alicia Alejandra Alfaro, 3) Ruth Mary Cano Aguilón, 4) Hernán Mauricio Cuervo Castellanos, 5) Francisco Alberto González, 6) Olga Cielo Molina de la Villa, 7) Luis Carlos Rodríguez Gutiérrez y 8) Hernán Vargas Martín; quienes para la fecha de expedición del acto demandado, estaban inscritos en carrera diplomática y consular en el rango de Ministro Plenipotenciario y, se encontraban “...desempeñando cargos inferiores a su escalafón dando cumplimiento al principio de alternación”.

También en esa certificación se manifestó que dichas personas “...se encontraban cumpliendo su lapso de alternación en planta externa o interna en los cargos de Ministro Consejero, Consejero y Primer Secretario, en cada uno de los despachos de destino donde fueron trasladados o comisionados atendiendo de manera focalizada los requerimientos del servicio de cada dependencia con sujeción a su perfil, o prestando su servicio en otra entidad pública, como el caso de la señora Alicia Alejandra Alfaro.

En razón de lo anterior, finalmente, concluye que “...con sujeción a los dispuesto en los artículos 1, 12, 35, 39 parágrafo 2, 53 y 56 lit. a) del Decreto 274 de 2000, con los alcances dados a dichas normas por la Corte Constitucional (sentencias C-292 de 2001 y C-808 de 2001), el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el hecho de existir funcionarios de Carrera Diplomática y consular nombrados en cargos inferiores a su escalafón no hace ilegal el nombramiento provisional, ni conduce a su anulación, ya

19 Sentencia C-292/01

que se debe cumplir con un requisito adicional exigido por el Decreto 274 de 2000 para tener derecho de acceso al cargo”.

De lo anterior, resulta necesario advertir que lo expuesto por la Ministra de Relaciones exteriores, se acompasa con lo dicho por el Consejo de Estado, Sección Quinta, en la sentencia de 30 de enero de 2014 en la que se concluyó que en los casos en que se solicita la nulidad de nombramientos de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, además de demostrar que existen funcionarios del mismo rango del demandado, se deberá acreditar que esas personas no están en cumplimiento del periodo de alternancia, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

“La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, está sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación. Es decir que no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir, que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado.

(...)

Los mencionados funcionarios y los demás que aparecen en el listado obrante a folios 198 a 201, si bien estaban escalafonados dentro de la Carrera Diplomática y Consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrada la ahora demandada, no estaban disponibles para ocupar el cargo por estar en periodo de alternación, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad de la Resolución número 0387 de 2013; por consiguiente el acto acusado no transgrede entonces lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000, ya que se cumplen los requisitos para designar a la funcionaria en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que hayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante.

Por lo dicho, para la prosperidad de los cargos es menester que la parte actora acredite no solo que se realizó un nombramiento de un empleo de carrera de manera provisional con una persona que era ajena a ella, sino que además, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado debe probar que para el momento del nombramiento existía un empleado inscrito en carrera diplomática y consular que efectivamente podía ser nombrado en el cargo, no solo en razón de su inscripción sino de acuerdo con la alternación”²⁰. (Negrillas fuera de texto).

Tesis reiterada en la sentencia del 16 de octubre de 2014²¹ dictada por la Sección Quinta de esta Corporación.

Empero, esta Corporación en fallo de tutela contra providencia judicial de 12 de marzo de 2015²², respecto a la temática plateada avaló la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “A”²³, la cual si bien acoge lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo de 30 de enero de 2014, respecto de la alternancia, expuso que se debe tener en consideración que “... si el cargo a proveer ya sea en el interior o en el exterior (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, el funcionario escalafonado en la misma categoría si se encuentra en el exterior haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante aserto que deberá encontrarse debidamente probado en el plenario” (Negrilla fuera de texto).

En este sentido en el referenciado fallo de tutela del Consejo de Estado, al respecto, se señaló:

“Del análisis de las consideraciones expuestas por la autoridad judicial accionada se tiene que el primer argumento, con el cual la entidad accionante pretende infirmar la sentencia, referido al ‘desconocimiento del precedente jurisprudencial’, observa la Sala que el mismo no está llamado a prosperar, toda vez, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección ‘A’, al explicar la situación administrativa de provisionalidad, acogió los argumentos expuestos en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 30 de enero de 2014, relativos a la facultad que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores de realizar nombramientos en provisionalidad, no solo cuando exista personal escalafonado en la categoría del cargo a proveer, sino en los casos que aun existiendo no se presenta disponibilidad, de éste por estar en curso el periodo de alternación.

Sin embargo, es evidente que aun cuando acogió la ratio decidendi, aplicando la excepción contenida en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, consideró que la decisión a adoptar en el caso concreto no podía ser la misma que tomó en su oportunidad esta Sección, toda vez que, si bien se trataba de un caso similar, las pruebas aportadas al expediente encaminadas a demostrar la existencia o

Jeannette Bermúdez Bermúdez

21 Rad. No. 2014-00013-01, actor: Enrique Antonio Celis Durán, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

22 Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

23 Sentencia de 24 de julio de 2014, Rad. No. Radicado No. 2014-00018-00.

20 Rad. No. 2013-00227-01, actor: Nancy Benítez Páez, C.P. doctora: Lucy

no de un funcionario disponible para ocupar el cargo en carrera no eran iguales.

En efecto, en el caso analizado por esta Sección y que se trae como precedente desconocido había lugar al nombramiento en provisionalidad, porque de las pruebas allegadas en esa oportunidad se podía concluir que no existía personal de carrera disponible para ocupar el cargo, por el contrario, en el sub lite la autoridad accionada encontró plenamente demostrada la existencia de un funcionario que había cumplido el período de permanencia en el cargo en el exterior y que tenía la posibilidad de ser nombrado.

Esta circunstancia no puede ser desvirtuada por la situación expuesta por la entidad accionante, referida a que el funcionario, a su vez, venía trasladado de otro cargo en el exterior, toda vez que aún tenía posibilidad de cumplir su período de alternación en un cargo fuera del país en el cual debía ser nombrado para efectos de garantizar sus derechos de carrera.

En consecuencia, pese al que el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado es vinculante para el Tribunal accionado, en este caso el mismo aplicó la excepción contenida en la norma jurídica que regula la materia de acuerdo a las pruebas allegadas en su oportunidad”.

Dicha tesis según la cual, de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular lleve más de doce meses en el período de alternancia lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento, pues, no se requiere el cumplimiento completo del período, encuentra su fundamento legal en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, así:

“ARTICULO 37. FRECUENCIA. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:

a. El tiempo de servicio en el exterior será de 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, según las necesidades del servicio, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario.

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieren el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del período de prueba.

c. La frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso.

d. El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento de que trata el artículo 39, no será considerado como tiempo de prórroga ni como incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

PARAGRAFO. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país” (Negrilla fuera de texto).

En este sentido el Tribunal en el fallo que se cuestionaba, expuso:

“..., atendiendo la frecuencia de los lapsos de alternación, en cuanto a que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, y dadas las fechas de la comisión del señor JORGE ALFREDO DIAZ BRAVO, al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, este funcionario de carrera se encontraba disponible, y por tanto cumple con los requisitos para proveer el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1210, Grado 11 adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago - Estados Unidos de América para que terminara su período de alternación en el servicio exterior...”

Tesis nuevamente reiterada por el propio Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015²⁴, en la que se manifestó:

“Así las cosas, la Sala puede concluir que los funcionarios de carrera diplomática se encontraban en total disponibilidad para ser nombrados en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en el que nombraron al señor Fernando Núñez Cocunubo, porque habían cumplido más de los doce (12) meses prestando sus servicios en el exterior, y por lo tanto, pudieron ser designados en ese cargo, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 que reza:

24 Rad. No. 2014-02734-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

(...) *Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país*’ (Subrayas de la Sala).

Aclarado el anterior panorama jurisprudencial, corresponde verificar si en el presente caso está acreditado si alguno de los 8 funcionarios, de los cuales se afirma que estaban inscritos en carrera diplomática en el rango de Ministro Plenipotenciario, a pesar de estar en cumplimiento del periodo de alternancia, se encuentran en la circunstancia descrita en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Sin embargo, de las pruebas solicitadas, decretadas y aportadas al expediente, la Sala debe manifestar que no se encuentran las actas de posesión de los citados funcionarios, para establecer si se cumple el periodo mencionado en el párrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En efecto, de conformidad con el literal c) del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 “...la frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se poseione o asuma funciones en el exterior, o se poseione del cargo en planta interna, según el caso”. De acuerdo con este precepto se requiere del acta de posesión para poder contabilizar el término a partir del cual el funcionario está en cumplimiento del período de alternancia, prueba que se extraña en el presente proceso y que valga decir no fue requerida por la parte actora.

En esta instancia, resulta imperioso manifestar que en fallos de tutela contra providencia judicial, que datan del 8 de octubre de 2014²⁵ y 12 de marzo de 2015, esta Sección, como juez constitucional, avaló que el estudio, en el proceso electoral, se realizará solamente con apoyo en los decretos de nombramiento de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de analizar las pretensiones de la demanda; sin embargo, este hecho obedeció a que en el transcurso del proceso ordinario a dicha Cartera Ministerial se le requirió para que aportara la historia laboral de ciertos funcionarios y no cumplió con lo que se le ordenó en la medida que omitió allegar las actas de posesión, ante lo cual se decidió que:

“Entonces a partir de lo anterior, no es válido que alegue que el Tribunal incurrió en error al fallar de acuerdo con el acervo probatorio recaudado en el proceso, pues hacían falta las actas de posesión de los funcionarios inscritos en carrera en el cargo de Consejero, cuando nunca los allegó al expediente, ni al

contestar la demanda, ni en respuesta de la solicitud de pruebas y la información que suministró al contestar los requerimientos del despacho resultaron incompletos, tal como lo explicó con suficiencia argumentativa el Tribunal accionado.

*Así las cosas, el anterior cargo no está tampoco llamado a prosperar al igual que el relativo al defecto sustantivo, pues en la sentencia del Tribunal se evidencia una interpretación válida y razonable de las normas del Decreto 274 de 2000, que junto con la valoración probatoria lo llevó a declarar la nulidad del acto administrativo demandado*²⁶.

La falencia probatoria del demandante fue advertida por el *a quo*, en el fallo apelado; sin embargo, el recurrente considera que esta carga probatoria le compete al Ministerio de Relaciones Exteriores.

La anterior tesis no es de recibo por esta Sala de decisión pues, como bien lo advierte el artículo 167 del C.G del P., “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, así las cosas, le compete al actor acreditar o demostrar que en efecto los funcionarios que cita en la demanda podían haber sido nombrados en lugar del doctor BRITO JIMENEZ, lo cual conllevaría a la ilegalidad del decreto demandado en la medida que se desvirtuaría la afirmación según la cual ninguno de los inscritos en la carrera diplomática tenían los requisitos necesarios para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario.

Conviene precisar que según el artículo 167 del C. G. del P., si el Juez, dependiendo las circunstancias del caso concreto, advierte que para probar un determinado hecho alguna de las partes está en una “*situación más favorable*” para su demostración, podrá ordenar que ésta aporte la prueba requerida –*carga dinámica de la prueba*-.

Sin embargo, el mismo precepto aclara que se para hacer uso de esta facultad se requiere: *i)* que se declare de oficio o atendiendo petición de parte; *ii)* que se ordene antes de proferirse el respectivo fallo.

En virtud de lo anterior, además de insistir que la carga de la prueba recae en el demandante, no sobra mencionar que en esta instancia no habría lugar a ordenar, que en virtud de la carga dinámica de la prueba, que el Ministerio de Relaciones Exteriores allegar los elementos materiales probatorios necesarios para probar los argumentos fácticos alegados en la demanda pues ya se dictó fallo de primera instancia y no obra solicitud en este sentido de las partes.

Además, en este caso, el demandante había podido cumplir con su carga probatoria limitándose a solicitar como pruebas a decretar las mencionadas actas de posesión, lo cual no

25 Rad. 2014-1864-00, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro, sentencia confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo del 5 de febrero de 2015

26 Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

requiere de mayor esfuerzo y por el contrario su inobservancia solo pone en evidencia su falta de cuidado y diligencia para probar los hechos en los que se funda su demanda electoral. Situación que también sirve de sustento para afirmar que el actor no contaba con imposibilidad alguna para obtener, bien sea directamente o por intermedio del Juez de lo Contencioso Administrativo, los elementos probatorios necesarios para demostrar sus afirmaciones.

De acuerdo con lo dicho ante la carencia probatoria la Sala despachará este cargo de manera negativa, confirmando la sentencia apelada.

Por otra parte, el recurrente en los alegatos de conclusión solicita que se tenga en consideración los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección “A”²⁷; sin embargo, la Sala advierte que dicho fallo está en sede de apelación en esta misma Sección razón por la cual no se pronunciará al respecto en el presente asunto.

Sumado a lo anterior, no sobra mencionar que incluso la decisión antes referida el Tribunal carece de la característica de ser precedente jurisprudencial, por no tratarse de un fallo dictado por una Alta Corporación, situación que también impediría que se abordara su estudio en la forma que lo pretende el demandante²⁸.

Finalmente el último de los reparos de la parte actora alude a la decisión del Tribunal de no estudiar el cargo que propuso en el alegato de conclusión que presentó en primera instancia, por considerar que de conformidad con el artículo 103 del C.P.A.C.A., el Juez de lo Contencioso “...tiene el deber de impartir justicia material, de examinar todo el ordenamiento legal pues él es la garantía de la vigencia del estado de derecho”.

En este sentido, resulta pertinente reiterar los argumentos expuestos en la sentencia de 30 de enero de 2014, en la que se concluyó:

“El apelante en su recurso de alzada añade nuevos cargos a la demanda...”

Si bien es cierto que la competencia del fallador de segunda instancia se encuentra restringida a las motivaciones del escrito de apelación, esto no quiere decir que se pueda desbordar los límites del litigio que se encausaron en las instancias procesales de la primera instancia, es decir no pueden presentarse argumentos adicionales a los precisados en la demanda y en la fijación del litigio.

Para la Sala, esta actuación procesal además de una conducta anómala por no decir que desleal por parte del demandante, constituye una flagrante violación al principio de congruencia de la sentencia y al derecho de defensa del demandado, porque se pretende agregar nuevas causales de nulidad al acto cuestionado sin el conocimiento previo de la contraparte y en una etapa procesal impertinente, desconociendo el mínimo de los derechos propios del juicio moderno²⁹”.

De acuerdo con lo anterior y luego de revisar el acta de la audiencia inicial en la cual, entre otras, se fijó el litigio de la presente controversia, la Sala concluye que el actor en el demanda no propuso cargo alguno que cuestionara “la existencia de una única planta global del Ministerio” y solo expuso este planteamiento en los alegatos de conclusión, como acertadamente lo concluyó el *a quo*. Razones que resultan suficientes para confirmar la decisión adoptada en la sentencia recurrida.

De acuerdo con lo analizado, la Sala confirmará la decisión recurrida.

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 6 de agosto de 2015 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cumplase.

Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Presidenta

Rocio Mercedes Araujo Oñate

Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Jaime Cordoba Triviño

Conjuez

27 Rad. 2015-0542-00, M.P. doctor Luis Manuel Lasso Lozano

28 Respecto del precedente jurisprudencial ver sentencias de tutela del Consejo de Estado Sección Quinta de 5 de febrero de 2014. Rad. Nº 2014-01312-01. C.P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y de 19 de febrero de 2015, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 2013-2690-01

29 Ver Radicado: 5000123310002012008701, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

COALICIÓN - Recuento normativo/COALICIÓN - Recuento jurisprudencial/COALICIÓN - Son alianzas propias del proceso democrático no prohibidas por las leyes electorales/ CANDIDATO DE COALICIÓN - Inscripción

En el ordenamiento jurídico colombiano a pesar de no estar definido el concepto como tal de coalición, existe mención de la figura en la legislación desde la promulgación de la Ley 130 de 1994, que en cuanto a las reglas de financiación estatal de campañas, establece que para las coaliciones de partidos o movimientos se debe determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña, y en su literalidad señala: Art. 13 (...) los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña.

De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos.

Asimismo la jurisprudencia de esta Sección entendió como la definición de coalición, la consagrada, aunque no explícitamente, en el artículo 9º de la misma Ley 130 de 1994, cuando se refiere a las asociaciones de todo orden.

También la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, consideró que las coaliciones son alianzas propias del proceso democrático no prohibidas por las leyes electorales.

Posteriormente, la Ley 996 de 2005, señala en el artículo 7º la posibilidad de establecer alianzas para la inscripción de candidatos a Presidente de la República, y estableció: Artículo 7º. Derecho de inscripción de candidatos a la Presidencia de la República. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, podrán inscribir, individualmente o en alianzas, candidato a la Presidencia de la República.

La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos, por el respectivo representante legal del partido o movimiento. Luego, en Sentencia del 11 de julio de 2011, previo a la promulgación de la Ley 1475 de 2011, con ponencia de la Consejera Susana Buitrago Valencia, esta Sección frente a la posibilidad de acuerdos entre partidos, indicó que los candidatos que no obtuvieron las dos más altas votaciones en la primera vuelta presidencial, y apoyen en la segunda vuelta a quienes si las obtuvieron no implica *per se* que dejen de pertenecer al partido o movimiento que los inscribió.

“El hecho de que ninguno de los candidatos obtenga la mitad más uno de los votos ‘que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley’ (lo que se denomina primera vuelta), forzando la celebración de ‘una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde’ (que se conoce como segunda vuelta) y que para esas segundas elecciones algunos de los que no obtuvieron las dos más altas votaciones apoyen otro

candidato, no implica, *per se*, que dejen de pertenecer al partido o movimiento político que los inscribió”.

El 14 de julio de 2011, con la expedición de la Ley 1475 de 2011 se establece explícitamente en la legislación la posibilidad de inscribir candidatos por coalición y se dictan normas específicas sobre los aspectos que deben contener los acuerdos, el carácter vinculante de los mismos, y la forma de proceder en caso de faltas absolutas de candidatos elegidos por coaliciones. Ya en vigencia de la Ley 1475 de 2011, esta Sección señaló el concepto de coalición como la decisión libremente adoptada por las organizaciones políticas de juntar esfuerzos para lograr un fin común en el campo de lo político e indicó que de conformidad con la Constitución Política, específicamente con las reformas establecidas en los Actos legislativos 01 de 2003 y 2009, estas pueden darse antes o después de las elecciones, como en el caso de la designación de magistrados del Consejo Nacional Electoral.

Es así como, la jurisprudencia de esta Sección ha concluido, en cuanto a coaliciones, que: “(...) (i) las coaliciones y alianzas se toman como equivalentes en el ordenamiento jurídico interno, (ii) las mismas se pueden realizar con fines pre-electorales y post-electorales, (iii) el requisito fundamental es el acuerdo de voluntades entre las organizaciones políticas, (iv) se requiere que la inscripción sea avalada si la coalición o alianza se surte únicamente entre partidos y movimientos políticos con personería jurídica, pero sí de la misma participa un movimiento social o grupo significativo de ciudadanos es viable que la inscripción se haga por firmas con la garantía de seriedad, y (v) ninguno de los coaligados puede inscribir, por separado, otra lista o candidato para el mismo certamen electoral”

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección del Presidente de la República/PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - Inhabilidad por doble militancia política / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - No se configura porque se trata de una candidatura respaldada por una coalición de agrupaciones políticas con personería jurídica/PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA - Está permitida cuando se trate del mecanismo de selección de candidatos de un partido o movimiento político

Los problemas jurídicos a resolver, conforme a la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, radican en determinar si la elección de Juan Manuel Santos Calderón como Presidente de la República es nula, porque incurrió en doble militancia de acuerdo con el concepto de violación planteado en las demandas y por la falta de requisitos en la inscripción de la coalición al desconocer los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. (...) en cuanto al formulario de inscripción se tiene que a nombre de la coalición “Unidad Nacional” se inscribió la fórmula de Juan Manuel Santos Calderón como candidato a la Presidencia y Germán

Vargas Lleras como candidato a la Vicepresidencia el 4 de marzo de 2014.

En la casilla “organización política a la que pertenecen la fórmula presidencial” se lee: Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la “U”, Cambio Radical, y en la casilla “organizaciones Políticas que conforman la coalición” Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la “U”, Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano. De lo anterior, sin lugar a mayor argumentación, es claro que el dicho del demandante sobre que Juan Manuel Santos Calderón declaró ser afiliado a los tres partidos políticos es una afirmación que no tiene sustento fáctico, pues en el documento de inscripción no existe tal declaración.

Al contrario, lo que dicho documento señala de conformidad con las certificaciones otorgadas por los secretarios generales y representante legal de los partidos de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano es que siendo el doctor Juan Manuel Santos Calderón militante del Partido Social de Unidad Nacional –U– se inscribió por la coalición de esos tres partidos políticos, según el Acuerdo de coalición de 3 de marzo de 2014, en cuyo objeto se pactó: “inscribir y promover la candidatura a la Presidencia de la República” al aquí demandado. Acuerdo permitido aplicando el tenor literal del artículo 9.3 de la Ley 130 de 1994, por consiguiente el demandado al ser inscrito por una coalición de partidos realizó actividades proselitistas en favor de los tres partidos que integran la coalición.

Así las cosas, en el caso concreto no prospera el cargo de doble militancia en cuanto a la afirmación del actor sobre la pertenencia simultánea del candidato presidente a los partidos Políticos Social de Unidad Nacional “U”, Cambio Radical y Liberal Colombiano, puesto que de acuerdo a las pruebas allegadas no existe tal simultaneidad en la militancia, sino que se trata de una candidatura respaldada por una coalición de agrupaciones políticas con personería jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico, por ende la campaña electoral en el marco de tal coalición tampoco se constituye en doble militancia.

En lo referente a la prohibición frente a los servidores públicos para realizar acuerdos o coaliciones entre partidos para aspirar a un cargo uninominal, no existe en nuestra normativa tal restricción, como se deduce del artículo 2º de la Ley estatutaria 1475 de 2011.

En lo que tiene que ver con la prohibición señalada en el artículo 127 de la Carta Política y los artículos 2º y 6º de la Ley 996 de 2005, sobre la restricción de 4 meses para realizar la campaña política al candidato presidente, si bien no se encuentra señalada en la legislación como causal taxativa de nulidad de elección. En atención a la disposición anteriormente transcrita se colige que, la participación en política del Presidente de la República dentro de los 4 meses anteriores de las elecciones, resulta ampliada cuando se trate de participar en los mecanismos de selección de candidatos de los partidos o movimientos políticos en un mes más anterior a la realización del evento

–consulta popular, asambleas, congresos o convenciones de partidos políticos– lo cual ocurrió en el caso concreto, pues de conformidad con la Resolución 3102 de 17 de febrero de 2014, en la cual el Partido Liberal Colombiano concede el aval al doctor Juan Manuel Santos Calderón, fue en la convención nacional liberal celebrada el 1º de diciembre de 2013 en la que se eligió y proclamó al demandado como candidato único de la colectividad, encontrándose esta actividad electoral dentro del plazo establecido en el artículo 6º de la Ley 996 de 2005, actividad que contribuyó a que se consolidara el acuerdo de coalición de 3 de marzo de 2014 entre los partidos Social de Unidad Nacional, Liberal Colombiano y Cambio Radical, situación demostrada y que impide colegir la pertenencia simultánea a más de un partido político. En razón a lo anterior, la participación del demandado en la convención del partido Liberal Colombiano, no se configura en participación irregular en política puesto que está permitida por la legislación tal intervención cuando se trate del mecanismo de selección de candidatos de un partido o movimiento político, como aconteció en este caso.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de lección del Presidente de la República/PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - Falta de requisitos en la inscripción de la coalición/COALICIÓN - Requisitos generales para su conformación

Señala el actor (2014-00088-00) que la elección del doctor Juan Manuel Santos Calderón como Presidente de la República es nula porque no se acreditaron los requisitos contemplados en los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. De acuerdo con la norma son requisitos generales para conformar la coalición, establecer : (i) el mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, (iii) el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y (iv) cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, (v) los sistemas de publicidad y (vi) auditoría interna (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

Frente a los requisitos establecidos en los numerales (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, y (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, en el caso concreto de coalición para presentar fórmula de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia no aplican, puesto que, el primer requisito mencionado se refiere únicamente a gobernadores y alcaldes, lo cual encuentra su sustento en la norma constitucional al respecto, que establece el voto programático y la posibilidad de revocatoria del mandato para estos cargos de elección popular.

En lo referente al requisito relacionado con el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, la Constitución Política consagra

en el artículo 202 que en caso de faltas temporales o absolutas será el Vicepresidente quien reemplace al Presidente. Por lo tanto ya que se encuentra establecido por nuestra Carta Política la forma en que opera el reemplazo al Presidente de la república, excedería la libertad de los partidos políticos establecer una forma de suplir la vacante diferente.

En cuanto a los demás requisitos establecidos en la norma para la suscripción de los acuerdos o coaliciones de los partidos políticos para presentar candidatos, observa la Sala que a folios 320 y siguientes del cuaderno 2014-008-00 reposa el acuerdo de coalición signado por los representantes legales de los partidos Social de Unidad Nacional "U", Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano el 3 de marzo de 2014, en el cual se establece:

1. En el numeral primero se indica que el objeto de la coalición es inscribir y promover la candidatura a la Presidencia de la República del doctor Juan Manuel Santos Calderón, lo cual denota que el candidato ya fue designado por la coalición, entonces el requisito se cumple.

2. En el numeral quinto se establece que la financiación de la campaña se hará mediante donaciones, anticipos y créditos, estos últimos que serán cubiertos con los recursos reconocidos por concepto de reposición de votos y otras fuentes contempladas por la ley. Y que los recursos de la reposición de gastos por la votación obtenida por el candidato de la coalición solo tendrán el propósito de cubrir los gastos de la misma. Cumpliendo así los requisitos (iii) y (iv) de financiación y distribución de recurso por reposición de votos.

3. En el numeral séptimo se define que se acreditará ante el Consejo Nacional Electoral un sistema de auditoría interna de conformidad con el artículo 18 de la Ley 996 de 2005, con lo cual se cumple con el requisito del numeral (vi) de la norma.

4. En el numeral octavo se dice que la campaña hará uso de todos los medios que permite la ley para hacer publicidad y propaganda con ocasión de la campaña electoral, dando así cumplimiento al requisito del numeral (v) de la norma. Conforme con lo anterior, no comparte la Sala lo planteado por el actor que no se acreditaron los requisitos establecidos en los párrafos uno y dos del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, pues una vez efectuada la verificación del acuerdo de coalición presentado en la inscripción de la candidatura si se cumplen. Por lo tanto el cargo relacionado con dicho incumplimiento no prospera.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00088-00

Actor: Cristóbal de Jesús Díaz Romero y otros

Demandado: Presidente de la República

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia dentro de los procesos electorales iniciados contra la elección del señor JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN como Presidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018.

ANTECEDENTES

I. LAS DEMANDAS

**I.I. Expediente No. 2014-0090-00, demandante:
Humberto de Jesús Longas Londoño:**

1. Las pretensiones de la demanda

Se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de: **i)** la Resolución No. 2202 de 19 de junio de 2014, mediante la cual se declaró la elección de Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia para el periodo constitucional 2014-2018; **ii)** la Resolución No. 1950 de 6 de junio 2014, que declaró los resultados de la votación celebrada el 25 de mayo de 2014; y **iii)** el formulario de inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil Número 002 de 4 de marzo de 2014 de la Coalición de Unidad Nacional de los candidatos JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS a la Presidencia y Vicepresidencia de la República respectivamente¹.

Asimismo solicita:²

"Declarar la nulidad de las credenciales expedidas a JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN como Presidente de la República y Germán Vargas Lleras como Vicepresidente de la República, para el periodo constitucional 2014-2018.

(...)

Declarar la elección presidencial al que corresponda constitucional y legalmente; o en su defecto, de así considerarlo el alto Tribunal, se ordene al Gobierno nacional o al órgano competente, convocar a nuevas elecciones para subsanar la segunda vuelta presidencial de junio 15 de 2014, con los dos candidatos que hubieren obtenido la más alta votación en la elección de mayo 25 de 2014, excluidos los votos obtenidos y anulados de JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS".

1 El Despacho Ponente en auto de 20 de agosto de 2014 determinó necesario tramitar de manera separada el medio de control de nulidad electoral frente a cada uno de los demandados, en consideración a la indebida acumulación de pretensiones

2 Folio 21- Exp. 2014-00090-00.

2. Soporte fáctico

Señaló el actor que los señores **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS** se inscribieron el día 4 de marzo de 2014 como candidatos, a las elecciones presidenciales que se celebraron el día 25 de mayo de 2014, por la coalición llamada “*Unidad Nacional*”, conformada por los siguientes partidos políticos: i) Partido Social de la Unidad Nacional, ii) Partido Liberal Colombiano y iii) Partido Cambio Radical.

Precisó que la Registraduría Nacional del Estado Civil autorizó la inscripción de los mencionados candidatos en las condiciones ya expresadas, por ello la participación tanto de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, por la Presidencia de la República, como de **GERMÁN VARGAS LLERAS** por la Vicepresidencia se realizaron a nombre de la coalición de la “*Unidad Nacional*”.

Indicó que mediante Resolución N° 1950 de 6 de junio de 2014 el Consejo Nacional Electoral declaró que ninguna de las personas que se postularon para las elecciones del 25 de mayo de 2014 obtuvo más de la mitad de los votos válidos en la primera vuelta presidencial. En este mismo acto, se declaró que una de las fórmulas inscritas que alcanzó más votos fue la conformada por **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS**. En consecuencia, autorizó a que estos dos ciudadanos participaran en la segunda vuelta para elección de Presidente y Vicepresidente.

Manifestó que en elecciones realizadas el 15 de junio de 2014 se eligió como Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia a la fórmula conformada por el señor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y POR GERMÁN VARGAS LLERAS**.

Mediante Resolución N° 2202 del 19 de junio de 2014 el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los señores **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y DE GERMÁN VARGAS LLERAS** como Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia, respectivamente, para el período constitucional 2014-2018 y expidió las credenciales que los acreditan como tal.

3. Normas violadas y concepto de violación

Manifiesta el demandante que el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** incurrió en **doble militancia** política al momento de su inscripción, porque esta se hizo en nombre de la **coalición** conformada por los partidos Social de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano, y en la aceptación que hizo el candidato de su inscripción, declaró ser afiliado simultáneamente a los tres partidos coaligados.

De igual manera, señala el actor que el candidato electo como Presidente de la República estuvo incurso en doble militancia durante la campaña electoral (entre el 4 de marzo y 15 de junio de 2014) y al momento de la elección (15 de junio de 2014), porque hizo proselitismo a nombre de los tres partidos que integraron la coalición. La parte actora alegó que, los actos administrativos demandados violaron las normas superiores en

las que deberían fundarse, esto es: el artículo 107 inciso 2° de la Constitución Política, el artículo 93 del Código Electoral - Decreto Extraordinario 2241 de julio 15 de 1986-, y el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

4. Solicitud de suspensión provisional

De igual forma, el actor solicitó la suspensión provisional del acto de declaratoria de elección de los señores **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** y de **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia, respectivamente, para el período constitucional 2014-2018, por considerar que se encontraban incurso en la causal de doble militancia establecida en el artículo 107 inciso 2° de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 93 del Código Electoral y en el artículo 275, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

5. Trámite del proceso

Previo a resolver la admisión y la solicitud de suspensión provisional, el Despacho Ponente en auto de 20 de agosto de 2014 determinó necesario tramitar de manera separada el medio de control de nulidad electoral frente a cada uno de los demandados, en consideración a la indebida acumulación de pretensiones³.

La demanda fue admitida mediante auto de 3 de septiembre de 2014, se ordenaron y efectuaron las debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable y no se decretó la solicitud de suspensión provisional ante la falta de elementos probatorios en la etapa de admisión.

6. Contestaciones

6.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderada judicial, solicitó se le desvinculara del proceso electoral y, para tal efecto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores secretariales y no expide el acto declaratorio de la elección.

6.2.- Del demandado, **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**

El doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**⁴, a través de apoderado judicial, en calidad de demandado, contestó la solicitud de nulidad electoral donde manifestó que no comparte la posición del demandante respecto a la configuración de la doble militancia y con base en ello esbozó los siguientes argumentos:

- i) que solo se encuentra inscrito como miembro del Partido Social de Unidad Nacional,

³ Folio 53 - Exp. 2014-00090-00.

⁴ Escrito presentado el 1° de octubre de 2014 en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Folios 129 al 159- Exp. 2014-00090-00.

- ii) que fue designado como candidato único para las elecciones presidenciales en representación de la Coalición de Unidad Nacional y de los partidos políticos que la conformaban, y
- iii) que la inscripción mediante el formulario E-6P cumplió con las normas que rigen la inscripción de candidatos y la conformación de coaliciones.

Asimismo indicó que la conformación de coaliciones está permitida de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley Estatutaria 996 de 2005, y el artículo 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.

Finalizó proponiendo como excepción única la no configuración de la prohibición de doble militancia.

7. Traslado de las excepciones

En escrito presentado 14 de octubre de 2014, la señora Diana Marcela Cruz Orduña, actuando como agente oficiosa del señor Humberto de Jesús Longas Londoño, ratificada⁵ por él mismo mediante documento aportado el 20 de octubre de 2014, indicó que se oponía a las excepciones propuestas, *“teniendo en cuenta que el accionante sustenta tanto formal como sustancialmente las pretensiones en la demanda, quedando desvirtuadas cada una de las excepciones planteadas, permitiendo con ello que el proceso continúe sin que se desvincule a la Registraduría Nacional del Estado Civil”*⁶.

I.II. Expediente No. 2014-0088-00 demandante: Cristóbal de Jesús Díaz Romero

1. Las pretensiones de la demanda

El fin principal es obtener la declaratoria de nulidad de la elección de del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, como Presidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018, por lo que estableció como pretensiones las siguientes:

“1-Que se declare la nulidad del acto de declaratoria de elección del candidato-presidente **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, como Presidente de la República de Colombia periodo 2014-2018, contenidos en la Resolución No. 2202 del 19 de junio de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

2-Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se ordene la cancelación de la credencial y se convoque a nuevas elecciones presidenciales”⁷

2. Soporte fáctico

Señaló el actor que el señor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** el 1º de diciembre del año 2013, participó en la

Convención del Partido Liberal Colombiano, pese a que es un hecho notorio que aquel es militante del Partido de la Unidad Nacional.

Precisó que en el marco de dicha convención el señor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** intervino, ante todos los asistentes, y en su discurso afirmó que tenía muchas afinidades con los ideales que promulgaba el Partido Liberal Colombiano, de forma tal que al finalizar su alocución *“gritó”* la arenga *“viva el partido liberal”*.

Igualmente, aseveró que la elección del demandado es nula porque no se acreditaron los requisitos contemplados en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que deben satisfacer los candidatos de una coalición.

4. Normas violadas y concepto de violación

Argumentó que con la elección del demandado se vulneró el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 que dispone que *“los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostentan la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”*.

Por otro lado, señaló que si bien el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 faculta a los partidos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos de coalición a cargos uninominales, para el demandante, dicha norma está dirigida únicamente a los candidatos que no hayan sido elegidos, es decir, no a quienes ya ocupan un cargo público de elección popular.

De lo anterior, concluye el demandado que si el *“actual Presidente Juan Manuel Santos, aspiraba a reelegirse la norma lo obligaba a inscribirse nuevamente por el mismo partido al que pertenece, o sea, el de la U, o renunciar al cargo con doce meses de anticipación antes de la inscripción, (...) y no inscribirse en asociado con otros partidos diferentes”*

En el mismo sentido señala el actor que el demandado violó el artículo 127 de la Constitución según el cual:

“Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción. En todo caso dicha participación solo podrá darse desde los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de la primera vuelta de la elección presidencial, y se extenderá hasta la fecha de la segunda vuelta en caso de que la hubiere. La Ley Estatutaria establecerá los términos y condiciones en los cuales, antes de ese lapso, el Presidente o el Vicepresidente podrán participar en los mecanismos democráticos de selección de los candidatos de los partidos o movimientos políticos” (Negrillas fuera de texto).

En ese orden, el demandante considera que la intervención

5 Folio 165 al 166 Exp. 2014-00090-00

6 Folio 161 - Exp. 2014-00090-00

7 Visible a folio 1 – Exp. 2014-00057-00

del demandado en la mencionada convención se presentó por fuera del término de los cuatro meses que establece la norma referenciada y los artículos 2° y 6° de la Ley 996 de 2005, y en consecuencia se encuadra en la causal de doble militancia. Lo anterior, basado en el hecho de que aún no se ha expedido la ley estatutaria que deberá establecer los términos y condiciones en los cuales dicho plazo se puede desconocer.

Finalizó indicando que la inscripción del demandado desconoció los parágrafos 1° y 2° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 que disponen:

“PARÁGRAFO 1°. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2°. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición”. (Negritas y subrayado fuera de texto).

En ese orden, para el demandante *“la inscripción del candidato presidente es nula porque faltan los requisitos que exige el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, requisitos sine quanon para la validez del acto de inscripción que afecta la elección”.*

5. Trámite del proceso

Mediante auto de 6 de agosto de 2014 esta Corporación admitió la demanda y ordenó efectuar las debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable.

6. Contestaciones

6.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderada judicial, solicitó se le desvinculara del proceso electoral y, para tal efecto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores secretariales y no expide el acto declaratorio de la elección.

6.2. Del demandado, JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN⁸, a través de apoderado judicial, en calidad de demandado, contestó la solicitud de nulidad electoral donde manifestó que no comparte la posición del demandante.

Indicó que no incurrió en doble militancia al infringir la prohibición consagrada en el último inciso del artículo 107 de la Constitución Política y el segundo inciso del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, puesto que: i) dicha prohibición aplica de manera exclusiva para corporaciones públicas y no para cargos uninominales como el de Presidente de la República, y ii) en tanto el doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN se inscribió como candidato de la Coalición de Unidad Nacional para desempeñar el cargo de Presidente de la República, fungió como candidato del Partido Social de la Unidad Nacional, el mismo por el que se inscribió para el período 2010-2014, toda vez que este último era uno de los partidos o movimientos políticos que conformaban dicha coalición.

De igual forma, señaló que el doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN participó en la Sexta Convención Nacional Liberal acorde con lo establecido en el inciso 4° del artículo 127 de la Constitución, es decir que el Presidente o Vicepresidente de la República pueden realizar proselitismo político con precedencia a los cuatro (4) meses correspondiente a la campaña electoral, con el único objetivo de ser seleccionados como candidatos de un partido o movimiento político. Asimismo, la Ley 996 de 2005 señaló que el proselitismo autorizado antes de la campaña podrá hacerse solo un (1) mes antes de la fecha programada para el evento que tiene como fin seleccionar el candidato de un partido o movimiento político.

Manifestó que la Coalición de la Unidad Nacional cumplió con los requisitos señalados por la Ley 1475 de 2011, por lo que los representantes legales del Partido Social de Unidad Nacional, del Partido Liberal Colombiano y del Partido Cambio Radical suscribieron el *“acuerdo de coalición”* el 3 de marzo de 2014, en donde se decidió inscribir y promover la candidatura a la Presidencia de la República de Colombia del doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN y se definió el programa de Gobierno del candidato, la obligaciones generales de la coalición, la financiación de la campaña, el sistema de nombramiento del gerente de la campaña y la metodología de rendición de cuentas, el sistema de auditoría interna y de publicidad de la campaña, la responsabilidad por el incumplimiento de las normas y la normatividad aplicable a la coalición.

Finalizó proponiendo como excepciones que el doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN i) no incurrió en doble militancia por abstenerse de renunciar a su cargo como Presidente de la República, ni al ser candidato único de la coalición, ii) no tuvo un indebida participación en política o campaña electoral por fuera del término constitucional, y que

⁸ Escrito presentado el 4° de septiembre de 2014 en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Folios 86 al 124- Exp. 2014-00088-00.

iii) la conformación de la Coalición de la Unidad Nacional cumplió con los requisitos del parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

10. Traslado de las excepciones

Vencido el término de traslado de las excepciones propuestas por el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** y por la Registraduría Nacional del Estado Civil la parte demandante no se pronunció al respecto.

II. TRÁMITE DE LOS PROCESOS ACUMULADOS

Por auto de 17 de septiembre de 2014 el doctor Alberto Yepes Barreiro ordenó mantener el proceso de radicado No. 2014-00088-0 en Secretaría hasta que los expedientes números 2014-00087 y 2014-00090 se encontraran en la misma etapa para decidir sobre su acumulación.

Mediante auto de 7 de julio de 2015 se ordenó la acumulación de los procesos 1100103280002014-00088-00 y 1100103280002014-00090-00 y realizar la diligencia de sorteo de Consejero Ponente del proceso acumulado.⁹

El 15 de julio de 2015 se seleccionó a la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez como Consejera Ponente.

III. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 3 de agosto de 2015, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 14 de agosto de 2014,¹⁰ diligencia que se surtió de acuerdo al trámite establecido en los artículos 180 y 283 del CPACA, en la cual se saneó el trámite¹¹, se resolvió sobre las excepciones propuestas, se fijó el litigio y se resolvió sobre las pruebas solicitadas y aportadas.

1. Excepciones

La Consejera Ponente las resolvió con base en las siguientes consideraciones:

1.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de sus apoderadas judiciales, propuso como excepción, la "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", por considerar que la entidad a la que representa no cumple ninguno de los requisitos formales para intervenir como demandado dentro del proceso. La Consejera Ponente aclaró que la Registraduría Nacional del Estado Civil no fue vinculada en calidad de demandada, sino a título de autoridad que intervino en la expedición del acto demandado, por ende su participación depende de si el organismo lo estima pertinente, de conformidad con sus funciones y competencias constitucionales y legales. Señaló que se cumplió con un mandato legal al notificar el

auto admisorio, pero no se le exigió o impuso que ejerza una participación, por ende se declaró probada la excepción.

1.2. Del demandado, JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

En las contestaciones a las demandas, el apoderado del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, propuso como excepciones:

En el proceso radicado 2014-00088-00:

- a. El doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** no incurrió en doble militancia por abstenerse de renunciar a su cargo como Presidente de la República.
- b. La participación del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** en la Sexta Convención Nacional Liberal no corresponde a una participación indebida en política o campaña electoral por fuera del término constitucional.
- c. Ser candidato único de una coalición no es una de las modalidades de doble militancia.
- d. La conformación de la Coalición de la Unidad Nacional cumplió con los requisitos del parágrafo 1° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

Y frente al radicado 2014-0090-00:

- a. El doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** al inscribirse como candidato a la Presidencia de la República para el período constitucional 2014-2018 en representación de la coalición de Unidad Nacional no incurrió en la prohibición de doble militancia consagrada en el inciso segundo del artículo 107 de la Constitución Política, reiterada en el inciso primero del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011.

El Despacho Ponente se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno al considerar que en este caso las excepciones¹² no tienen que ver con el saneamiento del proceso, sino que van encaminadas a controvertir las pretensiones que esgrime el actor en su demanda, por lo tanto se trata de excepciones de mérito o de fondo que deben ser resueltas al momento de fallar.

Respecto a la actuación oficiosa de la señora Diana Marcela Cruz Orduña, ratificada por el actor Humberto de Jesús Longas Londoño, la Consejera Conductora del proceso indicó que en este caso no es procedente utilizar la figura del agente oficioso, por lo que no tuvo en cuenta las observaciones planteadas.

2. Fijación del litigio

Determinar si el acto de elección del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como Presidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018 es nulo (i) por incurrir en doble militancia de acuerdo con el concepto de violación planteado en las demandas y (ii) por la falta de requisitos en la

9 Folio 151 - Exp. 2014-00088-00.

10 Folio 172 - Exp. 2014-00088-00.

11 Folio. 186 - Exp. 2014-00088-00.

12 Folio 187 al 188 Exp.: 2014-00088.

inscripción de la coalición al desconocer los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

3. Pruebas

La Consejera Ponente dispuso tener como pruebas los documentos allegados por las partes con el valor probatorio que la ley les asigne y señaló que de conformidad con el artículo 180.10 del CPACA¹³ por ser conducentes¹⁴, pertinentes¹⁵ y útiles¹⁶ para esclarecer los hechos objeto del litigio y estar relacionadas con los cargos de la demanda decretó las siguientes pruebas documentales solicitadas tanto por los demandantes como por el demandado:

- Copias auténticas de la Resolución **2202 de 2014** del Consejo Nacional Electoral “Por la cual se declara la elección de Presidente y Vicepresidente de la República –periodo constitucional 2014– 2018, y se ordena la expedición de las respectivas credenciales” (Visible a folios 296 al 298 Exp. 2014-00088).
- Copias auténticas de la Resolución **1380 de 2010** del Consejo Nacional Electoral “Por la cual se declara la elección de Presidente y Vicepresidente de la República periodo constitucional 2010-2014, y se ordena la expedición de las respectivas credenciales” (Visible a folios 299 al 301 Exp. 2014-00088).
- **Formulario de inscripción** por medio del cual el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** y el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** se inscribieron como fórmula presidencial a las elecciones del 25 de mayo de 2014 en Representación de la coalición de la Unidad Nacional, con sus respectivos soportes, incluyendo avales y el documento “acuerdo de coalición”. (Visible a folios 216 al 242 Exp. 2014-00088 aportada nuevamente a folio 310 al 324).
- Copia auténtica del calendario electoral elecciones presidenciales 2014-2018. (Visible a folios 304 al 208 Exp. 2014-00088).
- Copia auténtica de la resolución por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria de inscripción del candidato presidente a las elecciones 2014-2018. (Visible a

folios 243 al 291 Exp. 2014-00088 aportada nuevamente a folio 326 al 339).

- Certificaciones de los Partidos Social de Unidad Nacional – Partido de la U–, Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano si el doctor Juan Manuel Santos Calderón es o ha sido miembro de dichas colectividades y de ser así indiquen el periodo. (Partido Liberal visible a folios 292 al 293 Exp. 2014-00088) (Partido de la U visible a folio 302 Exp. 2014-00088) (Partido Cambio Radical visible a folio 303 Exp. 2014-00088)

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de 24 de septiembre de 2015¹⁷ el Despacho Ponente en aplicación el artículo 181.3 del CPACA ordenó correr el traslado por el término común de diez días a las partes para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para que, si a bien lo tenía, rindiera concepto.

1.1. Del señor Humberto de Jesús Longas Londoño, demandante (2014-00090-00)

Luego de relatar los antecedentes del caso objeto de estudio y de enlistar algunas de las pruebas recaudadas, reiteró que el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** está incurso en la causal de doble militancia por militar en dos partidos de forma simultánea.

Por lo que solicitó declarar la nulidad de la elección del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como Presidente de la República de Colombia por el periodo 2014-2018.¹⁸

1.2. Del señor Cristóbal de Jesús Díaz Romero, demandante (2014-00088-00)

El demandante enunció nuevamente los cargos planteados en la demanda y solicitó que se declarará la nulidad de la elección del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como Presidente de la República de Colombia por el periodo 2014-2018.¹⁹

1.3. Del Ministerio Público, Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, doctor Juan Clímaco Jiménez Castro

El señor procurador después de esbozar los antecedentes y las pretensiones de las demandas, precedió a estudiar cargo por cargo.

Respecto del señalamiento de doble militancia, señaló que de los documentos allegados al proceso no se puede establecer la supuesta doble militancia que le endilgan al demandado, por lo que indicó que lo pertinente es denegar el cargo, porque adicionalmente a ello, según los certificados que obran a folio 293 y 303 del expediente el doctor **JUAN MANUEL SANTOS**

13 “solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad (...)”

14 “Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. (...) es una comparación entre el medio probatorio y la Ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio” Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimotava edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá D. C., febrero de 2013. Pg. 145.

15 Ídem. “Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en este. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”.

16 Íbidem “(...) se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que este solo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo. (...) pág. 148.

17 Folio 344 Exp. 2014-00088-00.

18 Folio 357 al 368 Exp. 2014-00088-00.

19 Folio 369 al 372 Exp. 2014-00088-00.

CALDERÓN no pertenece ni ha sido militante del Partido Cambio Radical, tampoco se encuentra afiliado al Partido Liberal; solo es militante del Partido de la U y el hecho de que alguien se inscriba por un cargo público de elección popular, no indica su militancia o afiliación a todos ellos.

En relación con la indebida participación del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** en la Sexta Convención del Partido Liberal Colombiano, especifica que este no vulneró lo normado en los artículos 127 de la Constitución Política, ni los artículos 2º y 6º de la Ley 996 de 2005 pues si bien es cierto que la campaña electoral es de 4 meses antes de la votación en primera vuelta, lo cierto es que el Presidente o Vicepresidente de la República pueden participar en actos proselitistas dentro de los partidos cuando ellos pretendan designar o elegir candidatos a la Presidencia o Vicepresidencia de la República, en tales eventos podrán participar en actos fuera del término de los 4 meses que es el límite temporal única y exclusivamente como campaña electoral propiamente dicha, esto es cuando ya se es candidato oficial.

En cuanto al cargo tercero, falta de requisitos de la inscripción de la coalición, manifiesta que el documento suscrito el 3 de marzo de 2014 por los representantes legales de los Partidos de la U, Liberal y Cambio Radical, cumple con lo ordenado por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

Finalizó indicando que esa Agencia del Ministerio Público solicita que se denieguen las pretensiones de las demandas presentadas contra el acto de elección del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como Presidente de la República, para el periodo 2014-2018.

1.4. Del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, demandado.

El apoderado del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** hizo un recuento de las pretensiones de las demandas y esbozó las pruebas que demuestran que ninguna de los cargos tienen vocación de prosperidad por lo que solicitó denegar las pretensiones de los demandantes y, en su lugar declarar que la elección del demandado como Presidente de la República cumplió con las normas constitucionales y legales que rigen la materia.

V. CONSIDERACIONES

1. La competencia

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º²⁰ del artículo 149 del CPACA y lo

²⁰ Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de

previsto en el artículo 13.4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999²¹.

El acto demandado²² es la Resolución No. 2202 de 19 de junio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral que declaró la elección del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como Presidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018.

2. Los problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos a resolver, conforme a la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, radican en determinar si la elección de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como Presidente de la República es nula, porque incurrió en doble militancia de acuerdo con el concepto de violación planteado en las demandas y por la falta de requisitos en la inscripción de la coalición al desconocer los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

Lo anterior, conforme al fundamento fáctico del libelo introductorio, porque el doctor **SANTOS CALDERÓN** vulneró los artículos 107.2 constitucional, 2º de la Ley 1475 de 2011 y 93 del Decreto 2241 del 15 de julio de 1986 (Código Electoral) porque en la inscripción como candidato de la coalición de los Partidos de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano declaró ser afiliado a los tres partidos coaligados.

Igualmente, porque en la campaña presidencial hizo proselitismo por los tres partidos que integraron la coalición.

Por último, en cuanto a la doble militancia, porque participó en la Convención del Partido Liberal Colombiano, por fuera del término de 4 meses que establece el inciso 4º del artículo 127 de la Constitución y la Ley 996 de 2005, y ante todos los asistentes afirmó que tenía muchas afinidades con los ideales que promulgaba ese partido, pese a que es militante del Partido Social de Unidad Nacional, y finalmente “gritó” la arenga “viva el partido liberal”.

También se solicita la nulidad del acto de elección por infringir los requisitos contemplados en los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 que señalan:

“**PARÁGRAFO 1º.** Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de

los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

²¹ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

²² De acuerdo con lo establecido en la audiencia inicial celebrada el 14 de agosto de 2015 que obra a folio 189 del expediente 2014-0088-00.

publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2°. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición”.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos, se asumirán los siguientes aspectos, relevantes para abordar el estudio del caso concreto, así: la prohibición de la doble militancia, la figura de las coaliciones y por último el caso concreto.

2.1 La prohibición de la doble militancia

Tal como ha sido señalado por esta Corporación en múltiples pronunciamientos²³, la prohibición de doble militancia fue instituida en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma política del año 2003, reiterada en la reforma de 2009, como un instrumento para contrarrestar prácticas antidemocráticas, como la proliferación de partidos y caudillismos.

Dicha prohibición fue adoptada como una medida que, junto con (i) requisitos más exigentes para la creación de partidos, (ii) la inclusión de la figura del umbral electoral, (iii) la limitación del derecho de postulación y (iv) la posibilidad para el legislador de imponer requisitos para la inscripción de candidaturas o listas, propendían por partidos estables, organizados, disciplinados, con mecanismos de democracia interna que les permitieran aumentar su capacidad de convocatoria.

La prohibición de doble militancia enfocada al fortalecimiento de los partidos políticos y por ende con la finalidad de otorgarle legitimidad al sistema político en general *“tiene como corolario la sanción del “transfugutismo político”²⁴, “entendido, en términos amplios, como una deslealtad democrática. En efecto, dicho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina ‘electoral volatility’, denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre*

aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores”²⁵.

La Corte Constitucional ha definido la doble militancia como una *“limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C. P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular”²⁶.*

Aunque en principio, esta Corporación no consideró que dicha prohibición por sí sola era causal de nulidad electoral²⁷, actualmente no hay lugar a disertación alguna, puesto que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 275 numeral octavo así lo establece y la Ley 1475 de 2011 en su artículo 2° la señala como causal de revocatoria de la inscripción.

Actualmente la doble militancia comporta 5 modalidades²⁸, así:

- **En el Acto Legislativo 01 de 2009**

La doble militancia según la norma constitucional vigente, se materializa en tres situaciones:

La primera, una prohibición dirigida a los ciudadanos de manera general *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”.*

La segunda, que no está dirigida a los ciudadanos de manera general sino a quienes participen en consultas de partidos o movimientos políticos o en consultas interpartidistas *“Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral”.*

²⁵ Ídem.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Rad. 250002331000201100775-02 M. P. Alberto Yepes Barreiro. Actor: Manuel Guillermo Suescún Basto “Inicialmente, esta Sección y la Sala Plena de la Corporación fueron del criterio según el cual la doble militancia, en caso de comprobarse, más allá de las sanciones que internamente pudiera imponer un partido político o movimiento representativo de ciudadanos, no tenía otra consecuencia jurídica, es decir, no daba origen a la nulidad de la respectiva elección.

La jurisprudencia de esta Sección no admitió la doble militancia como causal de nulidad, bajo el argumento según el cual estas son taxativas (numerus clausus) y, por tanto, no podía hacerse una interpretación analógica o extensiva para ampliar el catálogo de nulidades y derivar de ello efectos jurídicos que la ley no había previsto”

²⁸ Sentencia del 1° de noviembre de 2012. C. P. Mauricio Torres Cuervo, Exp. 2011-0311. Actor: Jesús Antonio González.

²³ Consejo de Estado Sección Quinta. M. P. Filemón Jiménez Ochoa. Rad. 68001-23-15-000-2003-02787-01(3742). M. P. Mauricio Torres Cuervo Rad. 630012331000201100311 01. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 11001-03-28-000-2010-00062-00. M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 41001-23-31-000-2012-00052-01.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 342 del 3 de mayo de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 (parcial) de la Ley 974 de 2005, “Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas”.

La **tercera** prevista en el último inciso del artículo 107 en los siguientes términos. *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”*

• **En la Ley 1475 de 2011**

En el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 se definió la doble militancia, se adicionaron otras dos conductas prohibitivas para los directivos de los partidos y movimientos políticos y, finalmente, **se previó la forma como sería sancionada la transgresión de la norma.**

La **cuarta** prevista en la ley estatutaria relacionada con la doble militancia consagrada como: *“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”*

Y una **quinta** situación relacionada también con los directivos así: *“Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos”.*

2.2. Las coaliciones

En el ordenamiento jurídico colombiano a pesar de no estar definido el concepto como tal de **coalición**, existe mención de la figura en la legislación desde la promulgación de la Ley 130 de 1994 *“Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”*, que en cuanto a las reglas de financiación estatal de campañas, establece que para las coaliciones de partidos o movimientos se debe determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña, y en su literalidad señala:

Art. 13 (...) los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos.

Asimismo la jurisprudencia de esta Sección entendió como la definición de coalición, la consagrada, aunque no explícitamente, en el artículo 9º de la misma Ley 130 de 1994, cuando se refiere a las asociaciones de todo orden y textualmente al resolver sobre el reemplazo de un alcalde elegido por una coalición indicó:

“Cuando varios partidos o movimientos políticos o sociales se unen para obtener mayores ventajas electorales, conformando las comúnmente denominadas **coaliciones**, estaremos en presencia de las “asociaciones de todo orden” que resuelvan constituirse en movimientos políticos, las cuales están autorizadas a presentar candidatos, de conformidad con el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 130 de 1994, que dispone al efecto: “Las asociaciones de todo orden, (incluidos los partidos y movimientos políticos, como parece obvio) que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos ... también podrán postular candidatos. “...” Para la Sala la norma transcrita regula, en forma más o menos explícita, el fenómeno de las coaliciones, por lo menos en cuanto a su conformación”²⁹. (Resaltado fuera de texto).

También la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, consideró que las coaliciones son alianzas propias del proceso democrático no prohibidas por las leyes electorales, y en providencia de 31 de marzo de 2005 señaló:

“Asistió razón al a quo al considerar que las coaliciones son alianzas propias del proceso democrático en que se desenvuelven los movimientos y partidos, no prohibidas por las leyes electorales. Tanto es así que el artículo 13 de la Ley 130 de 1994, inciso final, no solamente las avala sino que autoriza expresamente que los partidos o movimientos políticos que formen coaliciones puedan determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña, so pena de que pierdan el derecho a la reposición de gastos estatales. Así se dice claramente en su tenor literal:

“...Los partidos y movimientos que concurren a las elecciones **formando coaliciones** determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos”. (Negrillas fuera de texto)”³⁰.

Posteriormente, la Ley 996 de 2005 *“por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”*, señala en el artículo 7º la posibilidad de establecer alianzas

29 Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado 2406. M. P. Reynaldo Chavarro Buritica. Actor: Carlos Luis Dávila Rosas. Sent. 4 de septiembre de 2000.

30 Consejo de Estado. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2001-01189-01(8575). M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor: Movimiento de Reconstrucción Democrática Nacional.

para la inscripción de candidatos a Presidente de la República, y estableció:

Artículo 7º. Derecho de inscripción de candidatos a la Presidencia de la República. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, podrán inscribir, individualmente o en alianzas, candidato a la Presidencia de la República. La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos, por el respectivo representante legal del partido o movimiento.

Luego, en Sentencia del 11 de julio de 2011, previo a la promulgación de la Ley 1475 de 2011, con ponencia de la Consejera Susana Buitrago Valencia, esta Sección frente a la posibilidad de acuerdos entre partidos, indicó que los candidatos que no obtuvieron las dos más altas votaciones en la primera vuelta presidencial, y apoyen en la segunda vuelta a quienes si las obtuvieron no implica per-se que dejen de pertenecer al partido o movimiento que los inscribió:

“El hecho de que ninguno de los candidatos obtenga la mitad más uno de los votos ‘que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley’ (lo que se denomina primera vuelta), forzando la celebración de ‘una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde’ (que se conoce como segunda vuelta) y que para esas segundas elecciones algunos de los que no obtuvieron las dos más altas votaciones apoyen otro candidato, no implica, per-se, que dejen de pertenecer al partido o movimiento político que los inscribió”³¹.

El 14 de julio de 2011, con la expedición de la Ley 1475 de 2011 “*Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*” se establece explícitamente en la legislación la posibilidad de inscribir candidatos por coalición y se dictan normas específicas sobre los aspectos que deben contener los acuerdos, el carácter vinculante de los mismos, y la forma de proceder en caso de faltas absolutas de candidatos elegidos por coaliciones, así:

ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.

En el caso de las campañas presidenciales también formarán parte de la coalición los partidos y movimientos políticos que públicamente manifiesten su apoyo al candidato.

En el formulario de inscripción se indicarán los partidos y movimientos que integran la coalición y la filiación política de los candidatos.

Parágrafo 1º. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2º. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición.

PARÁGRAFO 3º. <Parágrafo *CONDICIONALMENTE* exequible> En caso de faltas absolutas de gobernadores o alcaldes, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

En cuanto a las coaliciones, la Corte Constitucional encontró el texto del artículo 29 ajustado a la Constitución y señaló en la Sentencia C-490/11 “*Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado - 092/10 Cámara ‘por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones’*” lo siguiente:

“A partir de los parámetros constitucionales y jurisprudenciales así establecidos para el análisis del contenido del artículo 29 de la Ley Estatutaria objeto de revisión, encuentra la Corte

³¹ Consejo de Estado, Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia. rad. 11001-03-28-000-2010-00118-00. 11 de julio de 2011. Actor: Lenin Francisco Saavedra Saavedra.

que su contenido es compatible con la Constitución. De una parte, encuentra la Corte que **las coaliciones constituyen mecanismos estratégicos que cuentan con el aval constitucional, para ser aplicados en los procesos de escogencia de candidatos** (Art. 107 C. P.), comoquiera que constituyen una expresión del libre ejercicio del derecho de participación y de postulación política.

De otra parte, la norma bajo examen reitera la exigencia constitucional de listas únicas en procesos de elección popular, en este caso para cargos uninominales provistos mediante este mecanismo, con la que se propende por garantizar mayor legitimidad a través del más amplio respaldo popular al candidato que resulte elegido en la contienda electoral.

El establecimiento de unos acuerdos básicos entre los partidos y movimientos políticos concurrentes, sobre aspectos fundamentales de la asociación estratégica establecida, constituye un desarrollo de la libertad organizativa interna de los partidos y movimientos políticos en el marco de la autonomía que les reconoce la Constitución; constituyen así mismo elementos fundamentales de los procesos democráticos, y un factor que propende por la transparencia, la objetividad y la equidad en la administración de la empresa electoral conjunta” (resaltado fuera de texto)

Ya en vigencia de la Ley 1475 de 2011, esta Sección señaló el concepto de coalición como la decisión libremente adoptada por las organizaciones políticas de juntar esfuerzos para lograr un fin común en el campo de lo político e indicó que de conformidad con la Constitución Política, específicamente con las reformas establecidas en los Actos legislativos 01 de 2003 y 2009, estas pueden darse antes o después de las elecciones, como en el caso de la designación de magistrados del Consejo Nacional Electoral, así:

“La definición que comúnmente se emplea para la coalición es la “Unión transitoria de personas, grupos políticos o países con un interés determinado”, y la expresión con la que de ordinario se le equipara –alianza–, se concibe como “Acción de aliarse dos o más naciones, gobiernos o personas. Pacto o convención”.

En uno u otro terreno lo que subyace es la suma de esfuerzos, la repartición de tareas y la existencia de un propósito común, que puede llegar a ser pre-electoral y post-electoral.

En la doctrina especializada se suelen distinguir esas actividades, que ubica cada una en un momento distinto de la actividad política, pues concibe la alianza como la unión temporal para asistir a la contienda electoral, en tanto que le otorga vocación de mayor permanencia a la coalición, con origen posterior a las elecciones para fines de Gobierno.

En el contexto colombiano la decisión libremente adoptada por las organizaciones políticas de juntar esfuerzos para lograr un fin común en el campo de lo político, bien puede calificarse como coalición o como alianza... desde el punto de vista cronológico esas formas de asociación pueden ocurrir

con antelación a las elecciones, con miras a juntar fuerzas electorales para alzarse con el poder político, como así lo pone de presente el artículo 107 Superior (Mod. A. L. 01/09 Art. 1), al precisar que esos colectivos están autorizados a presentar “...candidatos propios o por coalición...”, para lo cual pueden acudir a instrumentos como las consultas populares o internas o interpartidistas. Las alianzas o coaliciones también tienen lugar cuando ya se han cumplido las elecciones, con fines distintos al de conquistar cargos unipersonales o escaños en corporaciones públicas.

Uno de esos casos es el señalado en el artículo 264 constitucional (Mod. A. L. 01/03 Art. 14), que prevé la coalición para que mediante el sistema de cifra repartidora los partidos o movimientos políticos con asiento en el Congreso de la República puedan designar los integrantes del Consejo Nacional Electoral.

Además, esas asociaciones que surgen en el escenario político pueden acordar coaliciones o alianzas en torno a gobiernos o programas de Gobierno, con lo que la adhesión se encamina hacia la realización de políticas públicas o el establecimiento de un Gobierno con el suficiente respaldo político en el congreso para sacar adelante las reformas requeridas para patentizar ese proyecto político.

Las coaliciones o alianzas surgen de la manifestación libre y voluntaria de las organizaciones políticas, llámense partidos o movimientos políticos, o asociaciones o grupos significativos de ciudadanos; que se pueden pactar antes de las elecciones y con el propósito de conquistar el poder político en las urnas, y que también se pueden dar esos acuerdos con fines programáticos o de Gobierno, posteriores a la jornada electoral³².

Es así como, la jurisprudencia de esta Sección ha concluido, en cuanto a coaliciones, que:

“(…) (i) las coaliciones y alianzas se toman como equivalentes en el ordenamiento jurídico interno, (ii) las mismas se pueden realizar con fines preelectorales y poselectorales, (iii) **el requisito fundamental es el acuerdo de voluntades entre las organizaciones políticas**, (iv) se requiere que la inscripción sea avalada si la coalición o alianza se surte únicamente entre partidos y movimientos políticos con personería jurídica, pero si de la misma participa un movimiento social o grupo significativo de ciudadanos es viable que la inscripción se haga por firmas con la garantía de seriedad, y (v) ninguno de los coaligados puede inscribir, por separado, otra lista o candidato para el mismo certamen electoral”³³

32 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia. 11001-03-28-000-2010-00033-00. Luis Jairo Ibarra Obando y Gladys Canacue Medina. Sent. 4 de agosto de 2011.

33 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 250002331000201100775-02. Actor: Manuel Guillermo Suescún Basto. Sent. 12 de septiembre de 2013.

3. El caso concreto

3.1 Estudio del primer problema jurídico. La doble militancia.

Señalan los demandantes (2014-00090-00) que el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** incurrió en doble militancia política en la modalidad establecida en el artículo 107.2 de la Constitución Política, y así mismo incurrió en violación del artículo 93³⁴ del Código Electoral porque al inscribirse como candidato presidencial periodo 2014-2018, declaró ser afiliado simultáneamente a los tres partidos coaligados y realizó campaña a nombre de los mismos tres partidos.

Igualmente, (2014-00088-00) que el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** incurrió en doble militancia al inscribirse como candidato de una coalición, puesto que de los artículos 127, 152.f y 202 de la Constitución Política, 9º de la Ley 996 de 2005 y 2º de la Ley 1475 de 2011 se debe entender que las coaliciones están permitidas para los particulares, pero no para los servidores públicos.

También (2014- 00088-00) que por haber participado en la convención del Partido Liberal Colombiano, el demandado incurrió en doble militancia por violación de los consagrado en los artículos 127 Constitucional y 2º y 6º de la ley 996 de 2005. Al respecto, obra en el plenario comunicación No. 059356, suscrita por la Directora de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 310 a 324), quien remite:

- i) Copias del formulario E-6 Solicitud de inscripción,
- ii) Copias de los avales de los partidos Cambio Radical, Liberal Colombiano y Social de Unidad Nacional,
- iii) Copias del acuerdo de coalición de 3 de marzo de 2014 suscrito entre los Partidos Social de Unidad Nacional –Partido de la U– Partido Liberal Colombiano y Partido Cambio Radical (folios 320-321), entre otros documentos.
- iv) Asimismo, certificación del 25 de agosto de 2015 suscrita por el secretario general del Partido Cambio Radical Colombiano que refiere (fl. 303 exp. 2014-00088):

“Que el Doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** no pertenece al apartado (sic) cambio radical y nunca ha sido militante de esa colectividad”

- v) Certificación suscrita por el secretario general del Partido Liberal Colombiano de 19 de agosto de 2015 que señala textualmente (fl. 293)³⁵:

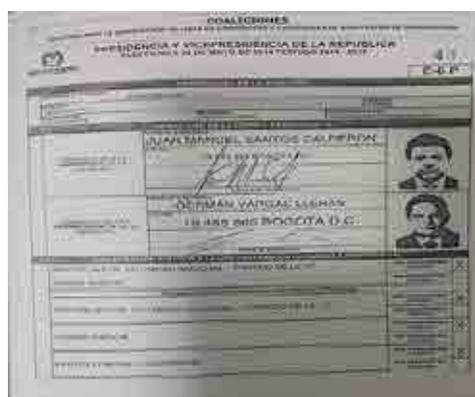
“Que el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, identificado con cédula de ciudadanía número 19123402, de acuerdo a nuestra base de datos no se encuentra afiliado al Partido Liberal Colombiano”.

- vi) Certificación suscrita por el Representante legal del Partido Social de Unidad Nacional de 20 de agosto de 2015, que a la letra manifiesta (fl. 302):

“(…) informamos que revisadas nuestras bases de datos de militancia del Partido de la U, se constata que el doctor Juan Manuel Santos Calderón actual Presidente de la República, es miembro del partido desde su creación a la fecha, con ocasión de la resolución 3077 del 10 de noviembre de 2005 del Consejo Nacional Electoral”.

En cuanto al formulario de inscripción se tiene que a nombre de la coalición “Unidad Nacional” se inscribió la fórmula de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERON** como candidato a la Presidencia y **GERMAN VARGAS LLERAS** como candidato a la Vicepresidencia el 4 de marzo de 2014.

En casilla “organización política a la que pertenece la fórmula presidencial” se lee: Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la “U”, Cambio Radical, y en la casilla “organizaciones Políticas que conforman la coalición” Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la “U”, Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano, tal como se observa a continuación:



- 35 Fue anexado por el demandante Cristóbal de Jesús Díaz Romero en los alegatos de conclusión copia autenticada de certificación suscrita por el Secretario del Partido Liberal Colombiano de fecha 6 de julio de 2010 (fl. 368 del cuaderno 2014-0088-00), que no será tenida en cuenta por haber sido aportada por fuera del periodo probatorio, y no fue conocida por las demás partes dentro del proceso. Sin embargo dicha certificación señala que en los estatutos del partido se pierde la calidad de afiliado con la afiliación a otro partido, norma estatutaria que en vigencia de la actual prohibición Constitucional y Legal de doble militancia frente a los ciudadanos en general (meros militantes) carecería de validez, puesto que contraría la restricción establecida en la normativa vigente.

34 Art. 93 del Código Electoral. “ En la solicitud de inscripción debe hacerse mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe una candidatura o lista de candidatos, y los inscriptores harán ante el respectivo funcionario electoral, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Para los candidatos tal juramento se entiende prestado por su firma en el memorial de aceptación de la candidatura.

Cuando los candidatos no se encuentren en el lugar donde la inscripción deba hacerse, prestarán juramento ante el Registrador del Estado Civil o funcionario diplomático o consular del lugar donde estuvieren, y de ello se extenderá atestación al pie del respectivo o respectivos memoriales, que deberán enviar inmediatamente esos funcionarios, así como comunicar por escrito tal hecho a las autoridades electorales ante las cuales deban hacerse las inscripciones.

El incumplimiento de esta disposición es causal de mala conducta que implica pérdida del empleo.

De lo anterior, sin lugar a mayor argumentación, es claro que el dicho del demandante sobre que **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** declaró ser afiliado a los tres partidos políticos es una afirmación que no tiene sustento fáctico, pues en el documento de inscripción no existe tal declaración.

Al contrario, lo que dicho documento señala de conformidad con las certificaciones otorgadas por los secretarios generales y representante legal de los partidos de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano es que siendo el doctor Juan Manuel Santos Calderón militante del Partido Social de Unidad Nacional –U– se inscribió por la coalición de esos tres partidos políticos, según el Acuerdo de coalición de 3 de marzo de 2014, en cuyo objeto se pactó: “*inscribir y promover la candidatura a la Presidencia de la República*” al aquí demandado. Acuerdo permitido aplicando el tenor literal del artículo 9.3 de la Ley 130 de 1994, por consiguiente el demandado al ser inscrito por una coalición de partidos realizó actividades proselitistas en favor de los tres partidos que integran la coalición.

No se puede interpretar, de ninguna manera, como lo pretende el actor que, la prohibición de doble militancia, en general, implique la prohibición de acordar coaliciones entre partidos políticos, puesto que la asociación de partidos para participar en la contienda electoral frente a los cargos uninominales de elección popular está permitida, establecida y reglamentada en la legislación como una opción para la participación política.

De otro lado, la legislación señalada, en cuanto a coaliciones se refiere, no hace diferencias entre candidatos que sean servidores públicos y otros que no lo sean, como se evidencia en el presente caso. Las coaliciones en la legislación colombiana son permitidas, y no existe prohibición alguna respecto de los servidores públicos que ocupen cargos de elección popular como lo manifiesta el actor, y de las normas señaladas como violadas no es posible hacer tal inferencia, puesto que estas se refieren a la participación de los candidatos a presidente o vicepresidente, la declaración pública que deben realizar en caso de aspirar como candidatos, su forma de elección y en su literalidad señalan:

Art. 127 de la C. P. (...) Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción.

Art. 202 de la C. P. El Vicepresidente de la República será elegido por votación popular el mismo día y en la misma fórmula con el Presidente de la República.

Los candidatos para la segunda votación, si la hubiere, deberán ser en cada fórmula quienes la integraron en la primera.

El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aun en el caso de que estas se presenten antes de su posesión.

En las faltas temporales del Presidente de la República bastará con que el Vicepresidente tome posesión del cargo en la primera oportunidad, para que pueda ejercerlo cuantas veces fuere necesario. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período.

El Presidente de la República podrá confiar al Vicepresidente misiones o encargos especiales y designarlo en cualquier cargo de la rama ejecutiva. El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro Delegatario.

Art. 152 f de la C. P. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

f. Adicionado por el art. 4º, Acto Legislativo 2 de 2004. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

Art. 9º de la Ley 996 de 20015. Declaración del Presidente que aspira ser candidato a la elección presidencial. El Presidente o el Vicepresidente de la República que aspiren a la elección presidencial, de conformidad con las calidades establecidas en la Constitución Política, deberán declarar públicamente y por escrito su interés de presentarse como candidatos, seis (6) meses antes de la votación en primera vuelta. Copia del escrito deberá depositarse en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

De igual forma, en virtud del acuerdo de coalición suscrito por los tres partidos políticos en el que se pactó inscribir y promover la candidatura de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** a la Presidencia de la República, tampoco se incurre en la prohibición de doble militancia alegada por los demandantes como vulnerada relacionada con la imposibilidad de candidatos electos de inscribirse por un partido diferente por el cual se presentaron inicialmente, consagrada específicamente en el último párrafo del artículo 107 de la Constitución Política, que a la letra reza:

Art. 107 de la C. P”.

(...) Quien siendo **miembro de una Corporación Pública** decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Texto reproducido en su literalidad en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, y extendida a candidatos electos en general así: “ (...) *Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones*”.

Dicha normativa tampoco resulta vulnerada, pues como ya se expuso en acápite anterior, en el caso concreto el candidato presidente no se inscribió por un partido diferente al partido por el cual resultó elegido, sino que su inscripción se dio por una coalición de tres partidos políticos –incluido el Partido de la “U” por el cual se inscribió como candidato para las elecciones presidenciales de 2010– figura permitida y reglamentada por la legislación.

Así las cosas, en el caso concreto no prospera el cargo de doble militancia en cuanto a la afirmación del actor sobre la pertenencia simultánea del candidato presidente a los partidos Políticos Social de Unidad Nacional “U”, Cambio Radical y Liberal Colombiano, puesto que de acuerdo a las pruebas allegadas no existe tal simultaneidad en la militancia, sino que se trata de una candidatura respaldada por una coalición de agrupaciones políticas con personería jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico, por ende la campaña electoral en el marco de tal coalición tampoco se constituye en doble militancia.

En lo referente a la prohibición frente a los servidores públicos para realizar acuerdos o coaliciones entre partidos para aspirar a un cargo uninominal, no existe en nuestra normativa tal restricción, como se deduce del artículo 2º de la Ley estatutaria 1475 de 2011.

Es de anotar que no se puede a partir de la citada disposición interpretar literalmente el artículo 107 de la Constitución Política, toda vez que el legislador estatutario en su libertad de configuración normativa que se deduce del artículo 152C de la Constitución Política amplió los sujetos destinatarios de la obligación, en un contexto de mayor disciplina y estabilidad de los partidos y movimientos políticos³⁶.

En lo que tiene que ver con la prohibición señalada en el artículo 127 de la Carta Política y los artículos 2º y 6º de la Ley 996 de 2005, sobre la restricción de 4 meses para realizar la campaña política al candidato presidente, si bien no se encuentra señalada en la legislación como causal taxativa de nulidad de elección, la Sala considera pertinente indicar que las normas indicadas como violadas en su literalidad establecen:

Art. 127 de la C. P. Cuando el Presidente y el Vicepresidente de la República presenten sus candidaturas, solo podrán participar en las campañas electorales desde el momento de su inscripción.

Art. 2º Ley 996 de 2005. Campaña presidencial. Se entiende por campaña presidencial el conjunto de actividades realizadas con el propósito de divulgar el proyecto político y obtener apoyo electoral a favor de alguno de los candidatos.

La campaña presidencial tendrá una duración de cuatro (4) meses contados con anterioridad a la fecha de las elecciones de la primera vuelta, más el término establecido para la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso.

Art. 6º de la Ley 996 de 2005. Participación del Presidente y el Vicepresidente en los mecanismos de selección de candidatos de los partidos o movimientos políticos. El Presidente y el Vicepresidente de la República cuando aspiren a la elección presidencial, podrán participar en los mecanismos de selección de candidatos de los partidos o movimientos políticos.

Cuando el Presidente o el Vicepresidente, respectivamente, se sometan a consultas populares, asambleas, congresos o convenciones de partidos o movimientos políticos, podrán realizar proselitismo político para dicha elección durante el (1) mes anterior a la realización del evento, si así lo decide. Durante el período de campaña, el Presidente o el Vicepresidente, respectivamente, quedará sujeto a las regulaciones que contempla la presente ley para los períodos de campaña presidencial

En atención a la disposición anteriormente transcrita se colige que, la participación en política del Presidente de la República dentro de los 4 meses anteriores de las elecciones, resulta ampliada cuando se trate de participar en los mecanismos de selección de candidatos de los partidos o movimientos políticos en un mes más anterior a la realización del evento –consulta popular, asambleas, congresos o convenciones de partidos políticos– lo cual ocurrió en el caso concreto, pues de conformidad con la Resolución 3102 de 17 de febrero de 2014, en la cual el Partido Liberal Colombiano concede el aval³⁷ al doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, fue en la convención nacional liberal celebrada el 1º de diciembre de 2013 en la que se eligió y proclamó al demandado como candidato único de la colectividad, encontrándose esta actividad electoral dentro del plazo establecido en el artículo 6º de la Ley 996 de 2005, actividad que contribuyó a que se consolidara el acuerdo de coalición de 3 de marzo de 2014 entre los partidos Social de Unidad Nacional, Liberal Colombiano y Cambio Radical, situación demostrada a folios 320 y siguientes del cuaderno expediente 2014-0088 y que impide colegir la pertenencia simultánea a más de un partido político.

En razón a lo anterior, la participación del demandado en la convención del partido Liberal Colombiano, no se configura en participación irregular en política puesto que está permitida por la legislación tal intervención cuando se trate del mecanismo de selección de candidatos de un partido o movimiento político, como aconteció en este caso.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011 “(...) son los servidores elegidos los destinatarios particulares de tal restricción. En consecuencia, la formulación constitucional debe ser comprendida como un mínimo, de modo que el legislador estatutario puede incorporar una regulación más exigente o extensiva respecto a la prohibición de doble militancia (...)”.

³⁷ Al igual que lo hicieron los partidos Cambio Radical y de Unidad Nacional en virtud del acuerdo de coalición celebrado entre estos y de conformidad con lo establecido en el artículo 9º de la Ley 130 de 1994 que establece que los partidos con personería jurídica “postulan candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno”. “(...) La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue”.

Por último, para la Sala de decisión es necesario aclarar, que aunque en este evento cada partido político integrante de la coalición otorgó aval al doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, dicho apoyo se enmarcó dentro del acuerdo de asociación interpartidista en el que se pactó inscribir y promover dicha candidatura a la Presidencia de la República, que como ya se ha indicado está permitido por la normativa y por lo tanto la existencia de los tres avales en este caso concreto está soportada en el acuerdo de coalición y por tanto no se configura la prohibición de doble militancia.

3.2. Estudio del segundo problema jurídico. Falta de requisitos en la inscripción de la coalición

Señala el actor (2014-00088-00) que la elección del doctor Juan Manuel Santos Calderón como Presidente de la República es nula porque no se acreditaron los requisitos contemplados en los párrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que establecen:

PARÁGRAFO 1º. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2º. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición.

De acuerdo con la norma transcrita son requisitos generales para conformar la coalición, establecer: (i) el mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, (iii) el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y (iv) cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, (v) los sistemas de publicidad y (vi) auditoría interna (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

Frente a los requisitos establecidos en los numerales (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, y (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, en el caso concreto de coalición para presentar fórmula de

candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia no aplican, puesto que, el primer requisito mencionado se refiere únicamente a gobernadores y alcaldes, lo cual encuentra su sustento en la norma constitucional al respecto, que establece el voto programático y la posibilidad de revocatoria del mandato para estos cargos de elección popular así:

Art. 259 de la C. P. Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático.

En lo referente al requisito relacionado con el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al **elegido**, la Constitución Política consagra en el artículo 202 que en caso de faltas temporales o absolutas será el Vicepresidente quien reemplace al Presidente. Por lo tanto ya que se encuentra establecido por nuestra Carta Política la forma en que opera el reemplazo al Presidente de la república, excedería la libertad de los partidos políticos establecer una forma de suplir la vacante diferente.

En cuanto a los demás requisitos establecidos en la norma para la suscripción de los acuerdos o coaliciones de los partidos políticos para presentar candidatos, observa la Sala que a folios 320 y siguientes del cuaderno 2014-008-00 reposa el acuerdo de coalición signado por los representantes legales de los partidos Social de Unidad Nacional "U", Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano el 3 de marzo de 2014, en el cual se establece:

1. En el numeral primero se indica que el objeto de la coalición es inscribir y promover la candidatura a la Presidencia de la República del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, lo cual denota que el candidato ya fue designado por la coalición, entonces el requisito se cumple.
2. En el numeral quinto se establece que la financiación de la campaña se hará mediante donaciones, anticipos y créditos, estos últimos que serán cubiertos con los recursos reconocidos por concepto de reposición de votos y otras fuentes contempladas por la ley. Y que los recursos de la reposición de gastos por la votación obtenida por el candidato de la coalición solo tendrán el propósito de cubrir los gastos de la misma. Cumpliendo así los requisitos (iii) y (iv) de financiación y distribución de recurso por reposición de votos.
3. En el numeral séptimo se define que se acreditará ante el Consejo Nacional Electoral un sistema de auditoría interna de conformidad con el artículo 18 de la Ley 996 de 2005, con lo cual se cumple con el requisito del numeral (vi) de la norma.
4. En el numeral octavo se dice que la campaña hará uso de todos los medios que permite la ley para hacer publicidad

y propaganda con ocasión de la campaña electoral, dando así cumplimiento al requisito del numeral (v) de la norma.

Conforme con lo anterior, no comparte la Sala lo planteado por el actor que no se acreditaron los requisitos establecidos en los párrafos uno y dos del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, pues una vez efectuada la verificación del acuerdo de coalición presentado en la inscripción de la candidatura si se cumplen.

Por lo tanto el cargo relacionado con dicho incumplimiento no prospera.

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,

FALLA:

PRIMERO. Negar las pretensiones de las demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Reconocer personería Jurídica para actuar como apoderado principal de Cristóbal de Jesús Díaz Romero al

doctor José Ignacio Díaz Romero identificado con cédula de ciudadanía No. 72126223 de Barranquilla (Atlántico) y T. P. No. 108.077 del C. S. de la Judicatura, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso y poder obrante a folios 198-199 del cuaderno 2014-0088-00, y a los doctores Daniel Santos Carrillo, identificado con cédula de ciudadanía No. 8770814 de Soledad (Atlántico) y T. P. No. 114.010 del C. S de la J. y Édison Rafael Martínez Bolívar identificado con cédula de ciudadanía No. 8.736.895 de Barranquilla (Atlántico) y T. P. No. 12278 del C. S de la J.

TERCERO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Rocío Aráujo Oñate

Carlos Enrique Moreno Rubio

Alberto Yepes Barreiro

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -
Contra el acto de lección del vicepresidente de la
república/VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
- Inhabilidad por doble militancia política/
DOBLE MILITANCIA POLÍTICA - No se configura
porque se trata de una candidatura respaldada
por una coalición de agrupaciones políticas
con personería jurídica/PARTICIPACIÓN EN
POLÍTICA - Está permitida cuando se trate del
mecanismo de selección de candidatos de un
partido o movimiento político**

Señalan los demandantes (2014-00101-00) que el doctor Germán Vargas Lleras incurrió en doble militancia política en la modalidad establecida en el artículo 107.2 de la Constitución Política, y así mismo incurrió en violación del artículo 93 del Código Electoral porque al inscribirse como candidato presidencial periodo 2014-2018, declaró ser afiliado simultáneamente a los tres partidos coaligados y realizó campaña a nombre de los mismos tres partidos.

Igualmente, (2014-00091-00) que incurrió en doble militancia al inscribirse como candidato a la Vicepresidencia conformando "coaliciones de Gobierno" sin haber renunciado con doce meses de anticipación como lo establece el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, siendo que era un hecho notorio que era directivo del Partido Cambio Radical. En cuanto al formulario de inscripción se tiene que a nombre de la coalición "Unidad Nacional" se inscribió la fórmula de Juan Manuel Santos Calderón como candidato a la Presidencia y Germán Vargas Lleras como candidato a la Vicepresidencia el 4 de marzo de 2014.

En la casilla "organización política a la que pertenecen la fórmula presidencial" se lee: Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la "U", Cambio Radical, y en la casilla "organizaciones Políticas que conforman la coalición" Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la "U", Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano.

De lo anterior, sin lugar a mayor argumentación, es claro que el dicho del demandante sobre que Germán Vargas Lleras declaró ser afiliado a los tres partidos políticos es una afirmación que no tiene sustento fáctico, pues en el documento de inscripción no existe tal declaración.

Al contrario, lo que dicho documento señala de acuerdo con las certificaciones otorgadas por los secretarios generales y representante legal de los partidos de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano es que siendo el doctor Germán Vargas Lleras militante del Partido Cambio Radical se inscribió como fórmula a la vicepresidencia de Juan Manuel Santos Calderón, por la coalición de esos tres partidos políticos, de conformidad con el acuerdo igualmente presentado al momento de la inscripción, lo cual es permitido aplicando el tenor literal del artículo 9.3 de la Ley 130 de 1994, por consiguiente el demandado al ser inscrito por una coalición de partidos realizó actividades proselitistas en favor de los tres

partidos que integran la coalición, al igual que el candidato presidente.

No se puede interpretar, de ninguna manera, como lo pretende el actor que, la prohibición de doble militancia, en general, implique la prohibición de acordar coaliciones entre partidos políticos, puesto que la asociación de partidos para participar en la contienda electoral frente a los cargos uninominales de elección popular está permitida, establecida y reglamentada en la legislación como una opción para la participación política.

De igual forma, en virtud del acuerdo de coalición suscrito por los tres partidos políticos, tampoco incurre el demandado en la prohibición de doble militancia, alegada por los actores como vulnerada y señalada en el numeral segundo de la Ley 1475 de 2011, que tiene que ver con la prohibición del candidato a la Vicepresidencia de inscribirse como fórmula siendo directivo del Partido Cambio Radical porque, como ya se señaló (i) las candidaturas a cargos uninominales por coalición de partidos son permitidas y reglamentadas por la legislación, (ii) el Partido Cambio Radical, al cual pertenece el demandado era parte de la Coalición "Unidad Nacional" y (iii) de acuerdo con la certificación presentada por el Partido Cambio Radical, el candidato a la Vicepresidencia renunció a la dirección de ese partido en el mes de marzo de 2010, esto es 4 años antes de la inscripción como candidato a la Vicepresidencia que se realizó el 4 de marzo de 2014. Así las cosas, en el caso concreto no prospera el cargo de doble militancia en cuanto a la afirmación del actor sobre la pertenencia simultánea del candidato a la vicepresidencia a los partidos Políticos Social de Unidad Nacional "U", Cambio Radical y Liberal Colombiano, puesto que de acuerdo a las pruebas allegadas no existe tal simultaneidad en la militancia, sino que se trata de una candidatura respaldada por una coalición de agrupaciones políticas con personería jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico, por ende la campaña electoral en el marco de tal coalición tampoco se constituye en doble militancia. Por último, dentro del marco del acuerdo de coalición, entre los que se encontraba el Partido Cambio Radical, al cual pertenecía el candidato a la Vicepresidencia sumado a que el doctor Vargas Lleras no era directivo del Partido Cambio Radical 4 años antes de la inscripción, tampoco se incurre en la prohibición de doble militancia alegada por el actor.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
- Contra el acto de lección del presidente de
la república/PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
- Falta de requisitos en la inscripción de la
coalición/COALICIÓN - Requisitos generales
para su conformación**

Señala el actor (2014-00091-00) que la elección del doctor Germán Vargas Lleras como Vicepresidente de la República es nula porque no se acreditaron los requisitos contemplados en los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. De acuerdo con la norma son requisitos generales para conformar la coalición, establecer:

- i) el mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato,
- ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde,
- iii) el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña,
- iv) cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos,
- v) los sistemas de publicidad y (vi) auditoría interna,
- vi) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido. Frente a los requisitos establecidos en los numerales (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, y (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, en el caso concreto de coalición para presentar fórmula de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia no aplican, puesto que, el primer requisito mencionado se refiere únicamente a gobernadores y alcaldes, lo cual encuentra su sustento en la norma constitucional al respecto, que establece el voto programático y la posibilidad de revocatoria del mandato para estos cargos de elección popular así:

Art. 259 de la C. P. Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático.

En lo referente al requisito relacionado con el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, la Constitución Política consagra en el artículo 202 que en caso de faltas temporales o absolutas será el Vicepresidente quien reemplace al Presidente.

Por lo tanto ya que se encuentra establecido por nuestra Carta Política la forma en que opera el reemplazo al Presidente de la república, excedería la libertad de los partidos políticos establecer una forma de suplir la vacante diferente.

En cuanto a los demás requisitos establecidos en la norma para la suscripción de los acuerdos o coaliciones de los partidos políticos para presentar candidatos, observa la Sala que a folios 320 y siguientes del cuaderno 2014-008-00 reposa el acuerdo de coalición signado por los representantes legales de los partidos Social de Unidad Nacional "U", Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano el 3 de marzo de 2014.

Conforme con lo anterior, no comparte la Sala lo planteado por el actor que no se acreditaron los requisitos establecidos en los parágrafos uno y dos del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, pues una vez efectuada la verificación del acuerdo de coalición presentado en la inscripción de la candidatura si se cumplen.

Por lo tanto el cargo relacionado con dicho incumplimiento no prospera.

VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - Requisitos para ejercer como presidente/VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - No es requisito para ejercer como presidente pertenecer al mismo partido político o coalición del presidente

Considera el actor (2014-00091) que el Vicepresidente electo, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política, no cumple con los requisitos para ejercer como Presidente, en cuanto los candidatos deben pertenecer al mismo partido político o coalición.

Frente a este planteamiento, es menester señalar que los requisitos para ser Vicepresidente de la República están consagrados en el artículo 204 de la Constitución Política, que remite expresamente al artículo 191 de la Carta en el que se establecen las mismas exigencias señaladas para ser Presidente de la República y a la letra reza:

Artículo 191 de la C. P. para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años. De la norma transcrita no se puede inferir la exigencia de pertenecer al mismo partido del Presidente como requisito para ser Vicepresidente.

Tampoco, como lo señala el demandante, en el evento en el que, el Vicepresidente deba reemplazar al Presidente por vacancia temporal o absoluta, se requiere que militen en el mismo partido político.

Pues tal como ha sido señalado en esta providencia, las coaliciones o asociaciones interpartidistas para ocupar cargos uninominales, no solo no están prohibidas, sino que son permitidas y reglamentadas por nuestra legislación. Asimismo, el artículo 202 de la Constitución en lo que respecta a como debe efectuarse el reemplazo del Presidente en caso de vacancia temporal o absoluta señala:

“El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aun en el caso de que estas se presenten antes de su posesión”.

Así las cosas, el texto es claro en indicar que es el Vicepresidente el llamado a reemplazar al Presidente en caso de vacancia temporal o absoluta.

El artículo 203 de la Carta, –que menciona como vulnerado el actor– se refiere al reemplazo del Presidente, en el caso

específico y concreto en que el Vicepresidente se encuentre ejerciendo el cargo de presidente y ocurra una vacancia.

Es en esa eventualidad única y exclusivamente en la que recaerá sobre el ministro en el orden que establezca la ley, y que debe ser de la misma filiación Política que el Presidente, el llamado a ocupar el cargo de Presidente.

De lo anterior, se concluye que no es un requisito, tanto para ser elegido Vicepresidente de la República como para cuando sea necesario reemplazar al Presidente de la República: que el Vicepresidente sea de la misma filiación política que el Presidente, así como lo manifiesta el demandado.

Así las cosas, el cargo relacionado con la falta de requisitos en el caso concreto, es una interpretación errónea de las normas constitucionales en las que fundamenta la violación el actor, por lo tanto no prospera.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00091-00

Actor: Cristóbal de Jesús Díaz Romero y otro

Demandado: Vicepresidente de la República

Agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia dentro de los procesos electorales iniciados contra la elección del señor **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018.

ANTECEDENTES

I. LAS DEMANDAS

I.I. Expediente No. 2014-00101-00, demandante: Humberto de Jesús Longas Londoño:

1. Las pretensiones de la demanda

Se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de: *i*) la Resolución No. 2202 de 19 de junio de 2014, mediante la cual se declaró la elección de Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia para el periodo constitucional 2014-2018; *ii*) la Resolución No. 1950 de 6 de junio 2014, que declaró los resultados de la votación celebrada el 25 de mayo de 2014; y *iii*) el formulario de inscripción ante la Registraduría Nacional

del Estado Civil Número 002 de 4 de marzo de 2014 de la coalición de Unidad Nacional de los candidatos Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras a la Presidencia y Vicepresidencia de la República respectivamente.

Asimismo solicita:¹

“Declarar la nulidad de las credenciales expedidas a Juan Manuel Santos Calderón como Presidente de la República y Germán Vargas Lleras como Vicepresidente de la República, para el periodo constitucional 2014-2018.

(...)

Declarar la elección presidencial al que corresponda constitucional y legalmente; o en su defecto, de así considerarlo el alto Tribunal, se ordene al Gobierno nacional o al órgano competente, convocar a nuevas elecciones para subsanar la segunda vuelta presidencial de junio 15 de 2014, con los dos candidatos que hubieren obtenido la más alta votación en la elección de mayo 25 de 2014, excluidos los votos obtenidos y anulados de Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras”.

2. Soporte fáctico

Señaló el actor que los señores **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS** se inscribieron el día 4 de marzo de 2014 como candidatos, a las elecciones presidenciales que se celebraron el día 25 de mayo de 2014, por la coalición llamada “*Unidad Nacional*”, conformada por los siguientes partidos políticos: i) Partido Social de la Unidad Nacional, ii) Partido Liberal Colombiano y iii) Partido Cambio Radical.

Precisó que la Registraduría Nacional del Estado Civil autorizó la inscripción de los mencionados candidatos en las condiciones ya expresadas, por ello la participación tanto de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, por la Presidencia de la República, como de **GERMÁN VARGAS LLERAS** por la Vicepresidencia se realizaron a nombre de la coalición de la “*Unidad Nacional*”.

Indicó que mediante Resolución N° 1950 de 6 de junio de 2014 el Consejo Nacional Electoral declaró que ninguna de las personas que se postularon para las elecciones del 25 de mayo de 2014 obtuvo más de la mitad de los votos válidos en la primera vuelta presidencial. En este mismo acto, se declaró que una de las fórmulas inscritas que alcanzó más votos fue la conformada por **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS**. En consecuencia, autorizó a que estos dos ciudadanos participaran en la segunda vuelta para elección de Presidente y Vicepresidente.

Manifestó que en elecciones realizadas el 15 de junio de 2014 se eligió como Presidente y Vicepresidente de la República de

¹ Folio 21- Exp. 2014-00101-00.

Colombia a la formula conformada por el señor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y POR GERMÁN VARGAS LLERAS**.

Mediante Resolución N° 2202 del 19 de junio de 2014 el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los señores **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y DE GERMÁN VARGAS LLERAS** como Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia, respectivamente, para el período constitucional 2014-2018 y expidió las credenciales que los acreditan como tal.

3. Normas violadas y concepto de violación

Manifiesta el demandante que el doctor Germán Vargas Lleras incurrió en **doble militancia** política al momento de su inscripción, porque esta se hizo en nombre de la **coalición** conformada por los partidos Social de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano, y en la aceptación que hizo el candidato de su inscripción, declaró ser afiliado simultáneamente a los tres partidos coaligados.

De igual manera, señala el actor que el candidato electo como Vicepresidente de la República estuvo incurso en doble militancia durante la campaña electoral (entre el 4 de marzo y 15 de junio de 2014) y al momento de la elección (15 de junio de 2014), porque hizo proselitismo a nombre de los tres partidos que integraron la coalición.

La parte actora alegó que, los actos administrativos demandados violaron las normas superiores en las que deberían fundarse, esto es: el artículo 107 inciso 2° de la Constitución Política, el artículo 93 del Código Electoral –Decreto Extraordinario 2241 de julio 15 de 1986–, y el numeral 8 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011.

4. Solicitud de suspensión provisional

De igual forma el actor solicitó la suspensión provisional del acto de declaratoria de elección de los señores **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS** como Presidente y Vicepresidente de la República de Colombia respectivamente, para el período constitucional 2014-2018, por considerar que se encontraban incurso en la causal de doble militancia establecida en el artículo 107 inciso 2° de la Constitución Política de Colombia, en el artículo 39 del Código Electoral y en el artículo 275, numeral 8 de la Ley 1437 de 2011.

5. Trámite previo

Previo a resolver la admisión y la solicitud de suspensión provisional, el Despacho Ponente en auto de 20 de agosto de 2014 determinó necesario tramitar de manera separada el medio de control de nulidad electoral frente a cada uno de los demandados, en consideración a la indebida acumulación de pretensiones².

Una vez asignado número de radicado a la demanda

presentada contra el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República de Colombia, el Consejero Ponente mediante auto de 27 de agosto de 2014, procedió a inadmitirla para que la misma se dirija únicamente contra el acto definitivo declarativo de la elección del doctor **VARGAS LLERAS**.

El actor realizó la corrección en término, reiterando los argumentos expuestos en la demanda anterior y aportando nuevamente las mismas pruebas³.

Mediante auto del 9 de septiembre de 2014 se corrió traslado de la suspensión provisional.

6. Intervenciones frente a la suspensión provisional

6.1. Del Ministerio Público, Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, doctor Juan Clímaco Jiménez Castro

El señor procurador solicitó negar la suspensión provisional al considerar que de los documentos allegados en esta etapa procesal no puede constatarse que efectivamente el doctor Germán Vargas Lleras hubiese incurrido en doble militancia en su aspiración al cargo de Vicepresidente.

Señala que una cosa es la militancia a un partido político y otra diferente es la determinación de los partidos o movimientos que integran la coalición, con lo cual se desprende que el hecho de que un candidato sea inscrito y acepte la candidatura por una coalición de partidos, ello no constituye que el inscrito se encuentre afiliado a todos los partidos que conforman la coalición que lo inscribió, esa coalición es una suma de respaldo con vocación e interés político electoral que puede ser circunstancial y no compromete la ideología ni constituye doble militancia.

6.2. Del Consejo Nacional Electoral

El Consejo Nacional Electoral solicitó negar la suspensión provisional de la elección del doctor Germán Vargas Lleras como Vicepresidente de la República de Colombia puesto que no se configuran las disposiciones contenidas en el artículo 231 del CPACA. Por el contrario, el proceso de inscripción al cargo del otrora candidato, estuvo totalmente ajustado a derecho, puesto que no se presentó doble militancia y la coalición que los inscribió como candidatos se creó acorde con los procedimientos exigidos por la Ley.

6.3. Del demandado, Germán Vargas Lleras

El doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS**, a través de apoderado judicial, señaló que contrario a lo sostenido por el demandante, la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 2202 de 2014, por medio de la cual se declaró la elección del Presidente y Vicepresidente de la República 2014-2018, no procede por cuanto, i) de la confrontación

2 Folio 53 - Exp. 2014-00101-00.

3 Folio 82 al 132 - Exp. 2014-00101-00.

realizada entre dicha Resolución y la normas superiores que se le acusa infringir, es claro que no incurrió en la prohibición de doble militancia al fungir como fórmula vicepresidencial de la coalición de la Unidad Nacional, y ii) del análisis efectuado frente al formulario de inscripción E-6 para coaliciones es diáfano que el demandado sí indicó que pertenecía únicamente al Partido Cambio Radical.

Finalizó señalando que al analizar la misma demanda, la cual tenía idénticos fundamentos fácticos y jurídicos solo que el demandado era el doctor Juan Manuel Santos Calderón, la Sección Quinta del Consejo de Estado, rechazó la suspensión provisional de la Resolución solicitada por el demandante, al encontrar que el actor confundió la inscripción de la candidatura para Presidente y Vicepresidente en nombre de la coalición denominada "Unidad Nacional" con una afiliación a cada uno de los partidos que la conforman. Por lo que indicó que resulta lógico y congruente que esta solicitud también sea rechazada aplicando el principio de igualdad.

6.4. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través del Director de Gestión Electoral, solicitó se le desvinculara del proceso electoral y, para tal efecto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores secretariales y no expide el acto declaratorio de la elección.

7. Trámite del proceso

Mediante auto del 8 de septiembre de 2014, esta Corporación admitió la demanda, se ordenaron y efectuaron las debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable y se denegó la solicitud de suspensión provisional ante la falta de elementos probatorios en esa etapa procesal.

8. Contestaciones

8.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderado judicial, nuevamente solicitó se le desvinculara del proceso electoral y, para tal efecto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores secretariales y no expide el acto declaratorio de la elección.

8.2. Del demandado, GERMÁN VARGAS LLERAS

El doctor GERMÁN VARGAS LLERAS⁴, a través de apoderado judicial, en calidad de demandado, contestó la solicitud de nulidad electoral donde manifestó que no comparte la posición

del demandante respecto a la configuración de la doble militancia y con base en ello esbozó los siguientes argumentos:

- i) que solo se encuentra inscrito como miembro del Partido Cambio Radical,
- ii) que fue designado como candidato único para la vicepresidencia de la República en representación de la Coalición de Unidad Nacional y de los partidos políticos que la conformaban, y
- iii) que la inscripción mediante el formulario E-6P cumplió con las normas que rigen la inscripción de candidatos y la conformación de coaliciones.

Asimismo indicó que la conformación de coaliciones está permitida de acuerdo con lo establecido en el artículo 7º de la Ley Estatutaria 996 de 2005, y el artículo 29 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011.

Finalizó proponiendo como excepción única la no configuración de la prohibición de doble militancia consagrada en el inciso segundo del artículo 107 de la Constitución Política, reiterada en el inciso primero del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

9. Traslado de las excepciones

En escrito presentado el 21 de noviembre de 2014, el actor, señor Humberto de Jesús Longas Londoño, indicó que se oponía a las excepciones propuestas.

Respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil señaló que el diseño del Formulario E-6P hace que la inscripción en coalición presente deficiencias que conducen a la inscripción en doble militancia política, puesto que en ninguna de las tres secciones aparece el partido o movimiento político al que pertenecen o del cual son miembros, de forma individualizada, cada uno de los candidatos inscritos, sino que están en conjunto para la fórmula⁵.

Por lo que la Registraduría Nacional del Estado Civil al ser la responsable de dicho formulario debe responder por dicho error y está legitimado en la causa por pasiva en el presente proceso.

Por otro lado, sobre la excepción realizada por el demandado de que no incurrió en doble militancia política al momento de la inscripción, considera el actor, que al no haber especificado en el formulario de inscripción el partido al que pertenecía cada uno de los candidatos de la fórmula presidencial por lo que se entiende que los dos eran miembros de forma simultánea del Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U y del partido Cambio Radical, por lo que la excepción no debe prosperar.

⁴ Escrito presentado el 11 de noviembre de 2014 en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Folios 264 al 288- Exp. 2014-00101-00.

⁵ Folios 291 al 294- Exp. 2014-00101-00.

I.II. Expediente No. 2014-0091-00 demandante: Cristóbal de Jesús Díaz Romero:

1. Las pretensiones de la demanda

El fin principal es obtener la declaratoria de nulidad de la elección de del doctor GERMÁN VARGAS LLERAS, como Vicepresidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018, por lo que estableció como pretensiones las siguientes:

“1-Que se declare la nulidad del acto de declaratoria de la elección del vicepresidente de la República de Colombia periodo 2014 -2018, Dr. Germán Vargas Lleras, contenidos en la Resolución No. 2202 del 19 de junio de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

2-Que como consecuencia de las declaratorias de nulidad, se ordene la cancelación de la credencial y se convoque a nuevas elecciones presidenciales”⁶.

2. Soporte fáctico

Señaló el actor que el señor GERMÁN VARGAS LLERAS incurrió en doble militancia al inscribirse como candidato a la Vicepresidencia por la Coalición Nacional, conformada por el Partido Liberal, el Partido de la U y el Partido Cambio Radical, puesto que al ser líder y “jefe natural del Partido” Cambio Radical, debió renunciar con 12 meses de antelación al cargo si quería lanzarse por otro partido, cosa que no pasó.

Igualmente, aseveró que la elección del demandado es nula porque no se acreditaron los requisitos contemplados en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que deben satisfacer los candidatos de una coalición.

De igual forma señala que el actor no cumple con los requisitos y calidades como vicepresidente para ejercer el cargo de Presidente en una eventual situación, puesto que esta “inhabilitado” por no ser de la misma filiación política del presidente.

3. Normas violadas y concepto de violación

Argumentó que con la elección del demandado se vulneró el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 que dispone que “los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostentan la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”.

Señaló que el demandado incurre en doble militancia puesto que “es un hecho notorio, que el doctor Germán Vargas Lleras es jefe natural, directivo y [de] filiación política del [P]artido [C]ambio [R]adical, como lo corrobora el representante legal del movimiento Fernando Galán y la opinión pública”

Por otro lado, señaló que si bien el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 faculta a los partidos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos de coalición a cargos uninominales, para el demandante, dicha norma está dirigida únicamente a los candidatos que no hayan sido elegidos, es decir, no a quienes ya ocupan un cargo público de elección popular.

Asimismo, indicó que la inscripción del demandado desconoció los parágrafos 1° y 2° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 que disponen:

“Parágrafo 1°. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

*PARÁGRAFO 2°. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. **La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición**”.* (Negrillas y subrayado fuera de texto).

En ese orden, para el demandante “la inscripción del candidato [presidente] es nula porque faltan los requisitos que exige el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, requisitos sine qua non para la validez del acto de inscripción que afecta la elección”.

Finalizó reiterando que el doctor Germán Vargas Lleras está inhabilitado para “ejercer el cargo de vicepresidente, dado que [en] un eventual llamado, haría nugatoria su posesión como presidente, por no ser de la misma filiación política del presidente”.

4. Trámite del proceso

Mediante auto de 19 de agosto de 2014 esta Corporación admitió la demanda y ordenó efectuar las debidas notificaciones, conforme a la normativa aplicable⁷.

⁶ Visible a folio 1 – Exp. 2014-00057-00.

⁷ Folios 29 al 32- Exp. 2014-0091-00.

5. Contestaciones

5.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderada judicial, solicitó se le desvinculara del proceso electoral y, para tal efecto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tiene injerencia en la realización de los escrutinios, puesto que en virtud del mandato legal, solo cumple labores secretariales y no expide el acto declaratorio de la elección.

5.2. Del demandado, GERMÁN VARGAS LLERAS

El doctor GERMÁN VARGAS LLERAS⁸, a través de apoderado judicial, en calidad de demandado, contestó la solicitud de nulidad electoral donde manifestó que no comparte la posición del demandante.

Indicó que no incurrió en doble militancia al infringir la prohibición consagrada en el último inciso del artículo 107 de la Constitución Política y el segundo inciso del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, puesto que:

- i) dicha prohibición aplica de manera exclusiva para corporaciones públicas y no para cargos uninominales como el de Vicepresidente de la República,
- ii) en tanto el doctor GERMÁN VARGAS LLERAS se inscribió como candidato de la coalición de Unidad Nacional para desempeñar el cargo de Vicepresidente de la República, fungió como candidato del Partido Cambio Radical, el mismo por el que se inscribió para el período 2010-2014, toda vez que este último era uno de los partidos o movimientos políticos que conformaban dicha coalición y,
- iii) que no existe ninguna inhabilidad según la cual el Vicepresidente debe ser del mismo partido o movimiento político del Presidente para cumplir con el deber constitucional de reemplazarlo en sus faltas temporales y absolutas.

De igual forma, señaló que es necesario distinguir entre la membresía o pertenencia del demandado al Partido Cambio Radical, y el aval que los tres partidos o movimientos políticos de la coalición de Unidad le otorgaron para ser candidato de la fórmula vicepresidencial, puesto que el doctor GERMÁN VARGAS LLERAS solo pertenece y está inscrito en el Partido Cambio Radical, mientras que el aval que le confirieron los tres partidos que conforman la coalición se deriva de que está autorizado para representarlos como candidato único de los mismo, por lo que no incurrió en doble militancia.

Manifestó que la coalición de la Unidad Nacional cumplió con los requisitos señalados por la Ley 1475 de 2011, por lo

que los representantes legales del Partido Social de Unidad Nacional, del Partido Liberal Colombiano y del Partido Cambio Radical suscribieron el “*acuerdo de coalición*” el 3 de marzo de 2014, en donde se decidió inscribir y promover la candidatura a la Vicepresidencia de la República de Colombia del doctor GERMÁN VARGAS LLERAS y se definió el programa de Gobierno del candidato, la obligaciones generales de la coalición, la financiación de la campaña, el sistema de nombramiento del gerente de la campaña y la metodología de rendición de cuentas, el sistema de auditoría interna y de publicidad de la campaña, la responsabilidad por el incumplimiento de las normas y la normatividad aplicable a la coalición.

Asimismo recalcó que no se incurrió en ninguna inhabilidad como consecuencia de pertenecer a un partido político distinto al del Presidente de la República, puesto que, no existe tal restricción de carácter constitucional o legal que le impida al Vicepresidente militar en un partido o movimiento político distinto al del primer mandatario. Por el contrario, tal exigencia solo se predica de los Ministros, que de manera *pro tempore* o transitoria, deben ejercer funciones presidenciales en los supuestos de los artículos 196 y 203 de la Constitución Política.

Finalizó proponiendo como excepciones que el doctor GERMÁN VARGAS LLERAS

- i) no incurrió en doble militancia por cuanto no era Director Nacional del Partido Cambio Radical,
- ii) no incurrió en doble militancia, puesto que el simple hecho de ser el candidato único de una coalición no es una de las modalidades de la doble militancia,
- iii) la conformación de la coalición de la Unidad Nacional cumplió con los requisitos del párrafo 1º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y,
- iv) cumple con las calidades para ser Vicepresidente de la República y no está incurso en ninguna inhabilidad que lo impida.

6. Traslado de las excepciones

Vencido el término de traslado de las excepciones propuestas por el doctor GERMÁN VARGAS LLERAS y por la Registraduría Nacional del Estado Civil la parte demandante no se pronunció al respecto.

II. TRÁMITE DE LOS PROCESOS ACUMULADOS

Por auto de 25 de noviembre de 2014 el Consejero Alberto Yepes Barreiro -en encargo- ordenó mantener el proceso de radicado No. 2014-00101-00 en Secretaría hasta que los expedientes números 2014-00087-00 y 2014-00091-00 se encontraran en la misma etapa para decidir sobre su acumulación.

⁸ Escrito presentado el 15 de septiembre de 2014 en la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Folios 69 al 133- Exp. 2014-00091-00.

Mediante auto de 15 de octubre de 2015 la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez solicitó al Secretario de la Sección Quinta que informara sobre todos los procesos que se adelantaban sobre ese asunto y ordenó mantener el expediente de radicado 2014-00091-00 en la Secretaría, mientras llegaba la oportunidad procesal para decidir sobre la acumulación de los procesos dirigidos contra la misma elección.

El 7 de julio de 2015 se ordenó la acumulación de los procesos 1100103280002014-00101-00 y 1100103280002014-00091-00 y realizar la diligencia de sorteo de Consejero Ponente del proceso acumulado⁹.

Por lo que el 15 de julio de 2015, en cumplimiento del auto anterior, se seleccionó a la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez como Consejera Ponente.

III. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 3 de agosto de 2015, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 14 de agosto de 2014,¹⁰ diligencia que se surtió de acuerdo al trámite establecido en los artículos 180 y 283 del CPACA, por lo que saneó el trámite¹¹, resolvió sobre las excepciones propuestas, fijó el litigio y resolvió sobre las pruebas.

1. Excepciones

La Consejera Ponente las resolvió con base en las siguientes consideraciones:

1.1. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de sus apoderados judiciales, propuso como excepción, la “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, por considerar que la entidad a la que representa no cumple ninguno de los requisitos formales para intervenir como demandado dentro del proceso

La Consejera Ponente aclaró que la Registraduría Nacional del Estado Civil no fue vinculada en calidad de demandada, sino a título de autoridad que intervino en la expedición del acto demandado, por ende su participación depende de si el organismo lo estima pertinente, de conformidad con sus funciones y competencias constitucionales y legales.

Señaló que se cumplió con un mandato legal al notificar el auto admisorio, pero no se le exigió o impuso que ejerza una participación, por ende se declaró probada la excepción.

1.2. Del demandado, GERMÁN VARGAS LLERAS

En las contestaciones a las demandas, el apoderado del doctor GERMÁN VARGAS LLERAS, propuso como excepciones:

En el radicado 2014-0091-00:

- a. El doctor GERMÁN VARGAS LLERAS no incurrió en doble militancia por cuanto no era Director Nacional del Partido Cambio Radical.
- b. Ser candidato único de una coalición no es una de las modalidades de doble militancia.
- c. La conformación de la coalición de la Unidad Nacional cumplió con los requisitos del parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.
- d. El doctor GERMÁN VARGAS LLERAS cumple con las calidades para ser Vicepresidente de la República y no está incurso en ninguna inhabilidad que se lo impida.

Y frente al radicado 2014- 0101-00:

- e. El doctor GERMÁN VARGAS LLERAS al inscribirse como candidato a la Vicepresidencia de la República para el periodo constitucional 2014-2018 en representación de la coalición de unidad nacional no incurrió en la prohibición de doble militancia consagrada en el inciso segundo del artículo 107 de la Constitución Política, reiterada en el inciso primero del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

El Despacho Ponente se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno al considerar que en este caso las excepciones¹² no tienen que ver con el saneamiento del proceso, sino que van encaminadas a controvertir las pretensiones que esgrime el actor en su demanda, por lo tanto se trata de excepciones de mérito o de fondo que deben ser resueltas al momento de fallar.

2. Fijación del litigio

Determinar si el acto de elección del doctor GERMÁN VARGAS LLERAS como Vicepresidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018 es nulo por (i) incurrir en doble militancia de acuerdo con el concepto de violación planteado en las demandas, por (ii) la falta de requisitos en la inscripción de la coalición al desconocer los párrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 y por (iii) la falta de requisitos y calidades para ejercer como Presidente de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política en cuanto a determinar si los candidatos a presidente y vicepresidente de la República deben pertenecer al mismo partido político o coalición.

3. Pruebas

La Consejera Ponente dispuso tener como pruebas los documentos allegados por las partes con el valor probatorio que la ley les asigne.

Asimismo decretó la práctica de las siguientes pruebas, solicitadas tanto por los demandantes como por el demandado,

9 Folio 150 al 159 - Exp. 2014-00091-00.

10 Folio 175 - Exp. 2014-00091-00.

11 Folio. 187 - Exp. 2014-00091-00.

12 Folio 189 Exp.: 2014-00091.

de conformidad con lo señalado en el artículo 180.10 del CPACA¹³ y así como por haber encontrado que estas son conducentes¹⁴, pertinentes¹⁵ y útiles¹⁶ para esclarecer los hechos objeto del litigio y están relacionadas con los cargos de la demanda.

- Copias auténticas de la Resolución 2202 de 2014 del Consejo Nacional Electoral, “por la cual se declara la elección de Presidente y Vicepresidente de la República periodo constitucional 2014-2018, y se ordena la expedición de las respectivas credenciales” (Visible a folios 224 al 227 y a folio 232 al 234 Exp. 2014-00091).
- Copia auténtica de la Resolución No. 1380 de 2010 del Consejo Nacional Electoral, “por la cual se declara la elección de Presidente y Vicepresidente de la República periodo constitucional 2010-2014, y se ordena la expedición de las respectivas credenciales” (Visible a folios 220 al 223 y a folio 235 al 236 Exp. 2014-00091).
- **Formulario de inscripción** por medio del cual el doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** y el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** se inscribieron como fórmula presidencial a las elecciones del 25 de mayo de 2014 en Representación de la coalición de la Unidad Nacional, con sus respectivos soportes, incluyendo avales y el documento “acuerdo de coalición”. (Visible a folios 250 al 265 Exp. 2014-00091).
- Certificación de los Partidos Social de Unidad Nacional - Partido de la U-, Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano, en el que conste si el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** es o ha sido miembro de dichas colectividades y de ser así indiquen el periodo. (Partido Liberal visible a folios 211 al 212 Exp. 2014-00091) (Partido de la U visible a folio 214 Exp. 2014-00091) (Partido Cambio Radical visible a folio 215 Exp. 2014-00091)

IV. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

Mediante auto de 24 de septiembre de 2015¹⁷ el Despacho Ponente en aplicación el artículo 181.3 del CPACA ordenó correr el traslado por el término común de diez días a las partes

para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para que, si a bien lo tenía, rindiera concepto.

1. Alegatos

1.1. Del señor Humberto de Jesús Longas Londoño, demandante (2014-000101-00)

Luego de relatar los antecedentes del caso objeto de estudio y de enlistar algunas de las pruebas recaudadas, reiteró que el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** está incurso en la causal de doble militancia por pertenecer simultáneamente a dos partidos.

Por lo que solicitó declarar la nulidad de la elección del doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República de Colombia por el periodo 2014-2018.¹⁸

1.2. Del señor Cristóbal de Jesús Díaz Romero, demandante (2014-00088-00)

El demandante, a través de apoderados judiciales, señaló que se remite a lo esbozado con antelación en el acápite “*de las pretensiones de la acción pública de Nulidad Electoral*”¹⁹.

1.3. Del Ministerio Público, Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

El señor procurador después de esbozar los antecedentes y las pretensiones de las demandas, precedió a estudiar cargo por cargo.

Respecto del señalamiento de doble militancia, indicó que de los documentos alegados al proceso no se puede establecer la supuesta doble militancia que le endilgan al demandado, por lo que indicó que lo pertinente es denegar el cargo, ya que una cosa es la militancia a un partido y otra diferente es la determinación de los partidos o movimientos que integran la coalición, con lo cual se desprende que el hecho de que un candidato sea inscrito y acepte la candidatura por una coalición de partidos, ello no significa que el inscrito se encuentre afiliado a todos los partidos que conforman la coalición.

En relación con la falta de requisitos de la inscripción de la coalición, manifiesta que el documento suscrito el 3 de marzo de 2014 por los representantes legales de los Partidos de la U, Liberal y Cambio Radical, cumple con lo ordenado por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

Respecto a la falta de requisitos y calidades del Vicepresidente de la República para ejercer como Presidente puesto que no cumple con el artículo 203 de la Constitución Política, aclara el Ministerio Público que tal norma superior hace referencia a cuando al Presidente se le presente un falta temporal o

13 “solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad (...)”

14 “Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. (...) es una comparación entre el medio probatorio y la Ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio” Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Decimotava edición. Librería Ediciones del profesional Ltda. Bogotá D. C., febrero de 2013. Pg. 145.

15 Ídem. “Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en este. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”.

16 Ibídem “(...) se puede decir que la prueba es inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, ya que este solo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo (...) pág. 148.

17 Folio 344 Exp. 2014-00088-00

18 Folio 357 al 368 Exp. 2014-00088-00

19 Folio 278 al 279 Exp. 2014-00091-00

absoluta y sus funciones son ejercidas por el Ministro al que le corresponda según el orden de precedencia legal, quien debe pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente. Limitación que no aplica para el Vicepresidente puesto que es el pueblo quien mediante sufragio universal lo elige, por lo que no es deber pertenecer al mismo partido o movimiento político del Presidente.

Anudado a lo anterior el señor Procurador Séptimo Delgado ante el Consejo de Estado recalca que las causales de inhabilidad son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, para el caso del Vicepresidente de la República se encuentran contempladas en los numerales 1°, 4° y 7° del artículo 179 Superior por lo que dicho cargo no prospera.

Finalizó indicando que esa Agencia del Ministerio Público solicita que se denieguen las pretensiones de las demandas presentadas contra el acto de elección del doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República, para el periodo 2014-2018.

1.4. Del doctor Germán Vargas Lleras, demandado.

La apoderada del doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** hizo un recuento de las pretensiones de las demandas y esbozó las pruebas que demuestran que ninguno de los cargos tienen vocación de prosperar por lo que solicitó denegar las pretensiones de los demandantes y, en su lugar declarar que la elección del demandado como Vicepresidente de la República cumplió con las normas constitucionales y legales que rigen la materia.

V. CONSIDERACIONES

1. competencia

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3^o del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13.4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999²¹.

El acto demandado²² es la Resolución No. 2202 de 19 de junio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral que declaró la elección del doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República de Colombia para el periodo 2014-2018.

20 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

21 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado, (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

22 De acuerdo con lo establecido en la audiencia inicial celebrada el 14 de agosto de 2015 que obra a folio 189 del expediente 2014-0088-00.

2. Los problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos a resolver, conforme a la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, radican en determinar si la elección de **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República es nula, porque

(i) incurrió en doble militancia de acuerdo con el concepto de violación planteado en las demandas,

(ii) por la falta de requisitos en la inscripción de la coalición al desconocer los parágrafos 1° y 2° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, y

(iii) la falta de requisitos y calidades para ejercer como Presidente de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política en cuanto a determinar si los candidatos a presidente y vicepresidente de la República deben pertenecer al mismo partido político o coalición.

Lo anterior, conforme al fundamento fáctico del libelo introductorio, porque el doctor **VARGAS LLERAS** vulneró los artículos 107.2 constitucional, 2° de la Ley 1475 de 2011 y 93 del Decreto 2241 del 15 de julio de 1986 (Código Electoral) porque en la inscripción como candidato de la coalición de los Partidos de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano declaró ser afiliado a los tres partidos coaligados. Asimismo el artículo segundo de la Ley 1475 de 2011 porque siendo directivo del Partido Cambio Radical debió renunciar con 12 meses de anticipación a la postulación o aceptación de la nueva postulación.

Igualmente, porque en la campaña electoral hizo proselitismo por los tres partidos que integraron la coalición.

También se solicita la nulidad del acto de elección por infringir los requisitos contemplados en los parágrafos 1° y 2° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 que señalan:

“PARÁGRAFO 1°. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2°. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que

fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición".

Por último, la falta de requisitos del Vicepresidente electo para ejercer como Presidente de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política, en cuanto los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la república deben pertenecer al mismo partido político o coalición.

Para analizar y resolver los problemas jurídicos, se asumirán los siguientes aspectos, relevantes para abordar el estudio del caso concreto, así: la prohibición de la doble militancia, la figura de las coaliciones y por último el caso concreto.

2.1. La prohibición de la doble militancia

Tal como ha sido señalado por esta Corporación en múltiples pronunciamientos²³, la prohibición de doble militancia fue instituida en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma política del año 2003, reiterada en la reforma de 2009, como un instrumento para contrarrestar prácticas antidemocráticas, como la proliferación de partidos y caudillismos.

Dicha prohibición fue adoptada como una medida que, junto con (i) requisitos más exigentes para la creación de partidos, (ii) la inclusión de la figura del umbral electoral, (iii) la limitación del derecho de postulación y (iv) la posibilidad para el legislador de imponer requisitos para la inscripción de candidaturas o listas, propendían por partidos estables, organizados, disciplinados, con mecanismos de democracia interna que les permitieran aumentar su capacidad de convocatoria.

La prohibición de doble militancia enfocada al fortalecimiento de los partidos políticos y por ende con la finalidad de otorgarle legitimidad al sistema político en general "tiene como corolario la sanción del **"transfuguismo político"**²⁴, "entendido, en términos amplios, como una deslealtad democrática. En efecto, dicho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina 'electoral volatility', denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores"²⁵.

La Corte Constitucional ha definido la doble militancia como una "limitación, de raigambre constitucional, al derecho político de los ciudadanos a formar libremente parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas (Art. 40-3 C. P.). Ello en el entendido que dicha libertad debe armonizarse con la obligatoriedad constitucional del principio democrático representativo, que exige que la confianza depositada por el elector en determinado plan de acción política, no resulte frustrada por la decisión personalista del elegido de abandonar la agrupación política mediante la cual accedió a la corporación pública o cargo de elección popular".²⁶

Aunque en principio, esta Corporación no consideró que dicha prohibición por sí sola era causal de nulidad electoral²⁷, actualmente no hay lugar a disertación alguna, puesto que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 275 numeral octavo así lo establece y la Ley 1475 de 2011 en su artículo 2º la señala como causal de revocatoria de la inscripción.

Actualmente la doble militancia comporta 5 modalidades²⁸, así:

- **En el Acto Legislativo 01 de 2009**

La doble militancia según la norma constitucional vigente, se materializa en tres situaciones:

La primera, una prohibición dirigida a los ciudadanos de manera general "En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica".

La segunda, que no está dirigida a los ciudadanos de manera general sino a quienes participen en consultas de partidos o movimientos políticos o en consultas interpartidistas "Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral".

La tercera prevista en el último inciso del artículo 107 en los siguientes términos. "Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

26 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

27 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Rad. 250002331000201100775-02 M. P. Alberto Yepes Barreiro. Actor: Manuel Guillermo Suescún Basto "Inicialmente, esta Sección y la Sala Plena de la Corporación fueron del criterio según el cual la doble militancia, en caso de comprobarse, más allá de las sanciones que internamente pudiera imponer un partido político o movimiento representativo de ciudadanos, no tenía otra consecuencia jurídica, es decir, no daba origen a la nulidad de la respectiva elección.

La jurisprudencia de esta Sección no admitió la doble militancia como causal de nulidad, bajo el argumento según el cual estas son taxativas (numerus clausus) y, por tanto, no podía hacerse una interpretación analógica o extensiva para ampliar el catálogo de nulidades y derivar de ello efectos jurídicos que la ley no había previsto"

28 Sentencia del 1 de noviembre de 2012. C. P. Mauricio Torres Cuervo, Exp. 2011-0311. Actor: Jesús Antonio González.

23 Consejo de Estado Sección Quinta. M. P. Filemón Jiménez Ochoa. Rad. 68001-23-15-000-2003-02787-01(3742). M. P. Mauricio Torres Cuervo Rad. 630012331000201100311 01. M. P. María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 11001-03-28-000-2010-00062-00. M. P. Susana Buitrago Valencia. Rad. 41001-23-31-000-2012-00052-01.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-342 del 3 de mayo de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4 (parcial) de la Ley 974 de 2005, "Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas".

25 Ídem.

- En la Ley 1475 de 2011

En el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 se definió la doble militancia, se adicionaron otras dos conductas prohibitivas para los directivos de los partidos y movimientos políticos y, finalmente, **se previó la forma como sería sancionada la transgresión de la norma.**

La cuarta prevista en la ley estatutaria relacionada con la doble militancia consagrada como: *“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”*

Y una quinta situación relacionada también con los directivos así: *“Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos”.*

2.2. Las coaliciones

En el ordenamiento jurídico colombiano a pesar de no estar definido el concepto como tal de **coalición**, existe mención de la figura en la legislación desde la promulgación de la Ley 130 de 1994 *“Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”*, que en cuanto a las reglas de financiación estatal de campañas, establece que para las coaliciones de partidos o movimientos se debe determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña, y en su literalidad señala:

Art. 13 (...) los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos.

Asimismo la jurisprudencia de esta Sección entendió como la definición de coalición, la consagrada, aunque no explícitamente, en el artículo 9º de la misma Ley 130 de 1994, cuando se refiere a las asociaciones de todo orden y textualmente al resolver sobre el reemplazo de un alcalde elegido por una coalición indicó:

“Cuando varios partidos o movimientos políticos o sociales se unen para obtener mayores ventajas electorales, conformando las comúnmente denominadas **coaliciones**, estaremos en presencia de las “asociaciones de todo orden” que resuelvan constituirse en movimientos políticos, las cuales están autorizadas a presentar candidatos, de conformidad con el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 130 de 1994, que dispone al efecto: “Las asociaciones de todo orden, (incluidos los partidos y movimientos políticos, como parece obvio) que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos ... también podrán postular candidatos. “...” Para la Sala la norma transcrita regula, en forma más o menos explícita, el fenómeno de las coaliciones, por lo menos en cuanto a su conformación”²⁹. (Resaltado fuera de texto).

También la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, consideró que las coaliciones son alianzas propias del proceso democrático no prohibidas por las leyes electorales, y en providencia de 31 de marzo de 2005 señaló:

“Asistió razón al a quo al considerar que las coaliciones son alianzas propias del proceso democrático en que se desenvuelven los movimientos y partidos, no prohibidas por las leyes electorales. Tanto es así que el artículo 13 de la Ley 130 de 1994, inciso final, no solamente las avala sino que autoriza expresamente que los partidos o movimientos políticos que formen coaliciones puedan determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña, so pena de que pierdan el derecho a la reposición de gastos estatales. Así se dice claramente en su tenor literal:

“...Los partidos y movimientos que concurren a las elecciones **formando coaliciones** determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos”. (Negrillas fuera de texto)³⁰.

Posteriormente, la Ley 996 de 2005 *“por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”*, señala en el artículo 7º la posibilidad de establecer alianzas para la inscripción de candidatos a Presidente de la República, y estableció:

29 Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado 2406. M. P. Reynaldo Chavarro Buritica. Actor: Carlos Luis Dávila Rosas. Sent. 4 de septiembre de 2000.

30 Consejo de Estado. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2001-01189-01(8575). M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor: Movimiento de Reconstrucción Democrática Nacional.

Artículo 7º. Derecho de inscripción de candidatos a la Presidencia de la República. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, podrán inscribir, individualmente o **en alianzas**, candidato a la Presidencia de la República. La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos, por el respectivo representante legal del partido o movimiento.

Luego, en Sentencia del 11 de julio de 2011, previo a la promulgación de la Ley 1475 de 2011, con ponencia de la Consejera Susana Buitrago Valencia, esta Sección frente a la posibilidad de acuerdos entre partidos, indicó que los candidatos que no obtuvieron las dos más altas votaciones en la primera vuelta presidencial, y apoyen en la segunda vuelta a quienes si las obtuvieron no implica per-se que dejen de pertenecer al partido o movimiento que los inscribió:

“El hecho de que ninguno de los candidatos obtenga la mitad más uno de los votos ‘que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley’ (lo que se denomina primera vuelta), forzando la celebración de ‘una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde’ (que se conoce como segunda vuelta) y que para esas segundas elecciones algunos de los que no obtuvieron las dos más altas votaciones apoyen otro candidato, no implica, per-se, que dejen de pertenecer al partido o movimiento político que los inscribió”³¹.

El 14 de julio de 2011, con la expedición de la Ley 1475 de 2011 “*Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*” se establece explícitamente en la legislación la posibilidad de inscribir candidatos por coalición y se dictan normas específicas sobre los aspectos que deben contener los acuerdos, el carácter vinculante de los mismos, y la forma de proceder en caso de faltas absolutas de candidatos elegidos por coaliciones, así:

ARTÍCULO 29. CANDIDATOS DE COALICIÓN. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.

En el caso de las campañas presidenciales también formarán parte de la coalición los partidos y movimientos políticos que públicamente manifiesten su apoyo al candidato.

En el formulario de inscripción se indicarán los partidos y movimientos que integran la coalición y la filiación política de los candidatos.

PARÁGRAFO 1º. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2º. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición.

PARÁGRAFO 3º. <Parágrafo **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de faltas absolutas de gobernadores o alcaldes, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

En cuanto a las coaliciones, la Corte Constitucional encontró el texto del artículo 29 ajustado a la Constitución y señaló en la Sentencia C-490/11 “*Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado - 092/10 Cámara ‘por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de*

³¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia. rad. 11001-03-28-000-2010-00118-00. 11 de julio de 2011. Actor: Lenin Francisco Saavedra Saavedra.

los procesos electorales y se dictan otras disposiciones” lo siguiente:

“A partir de los parámetros constitucionales y jurisprudenciales así establecidos para el análisis del contenido del artículo 29 de la Ley Estatutaria objeto de revisión, encuentra la Corte que su contenido es compatible con la Constitución. De una parte, encuentra la Corte que **las coaliciones constituyen mecanismos estratégicos que cuentan con el aval constitucional, para ser aplicados en los procesos de escogencia de candidatos** (Art. 107 C. P.), comoquiera que constituyen una expresión del libre ejercicio del derecho de participación y de postulación política.

De otra parte, la norma bajo examen reitera la exigencia constitucional de listas únicas en procesos de elección popular, en este caso para cargos uninominales provistos mediante este mecanismo, con la que se propende por garantizar mayor legitimidad a través del más amplio respaldo popular al candidato que resulte elegido en la contienda electoral.

El establecimiento de unos acuerdos básicos entre los partidos y movimientos políticos concurrentes, sobre aspectos fundamentales de la asociación estratégica establecida, constituye un desarrollo de la libertad organizativa interna de los partidos y movimientos políticos en el marco de la autonomía que les reconoce la Constitución; constituyen así mismo elementos fundamentales de los procesos democráticos, y un factor que propende por la transparencia, la objetividad y la equidad en la administración de la empresa electoral conjunta” (resaltado fuera de texto)

Ya en vigencia de la Ley 1475 de 2011, esta Sección señaló el concepto de coalición como la decisión libremente adoptada por las organizaciones políticas de juntar esfuerzos para lograr un fin común en el campo de lo político e indicó que de conformidad con la Constitución Política, específicamente con las reformas establecidas en los Actos legislativos 01 de 2003 y 2009, estas pueden darse antes o después de las elecciones, como en el caso de la designación de magistrados del Consejo Nacional Electoral, así:

“La definición que comúnmente se emplea para la coalición es la “Unión transitoria de personas, grupos políticos o países con un interés determinado”, y la expresión con la que de ordinario se le equipara –alianza–, se concibe como “Acción de aliarse dos o más naciones, gobiernos o personas. Pacto o convención”. En uno u otro terreno lo que subyace es la suma de esfuerzos, la repartición de tareas y la existencia de un propósito común, que puede llegar a ser pre-electoral y post-electoral. En la doctrina especializada se suelen distinguir esas actividades, que ubica cada una en un

momento distinto de la actividad política, pues concibe la alianza como la unión temporal para asistir a la contienda electoral, en tanto que le otorga vocación de mayor permanencia a la coalición, con origen posterior a las elecciones para fines de Gobierno. En el contexto colombiano la decisión libremente adoptada por las organizaciones políticas de juntar esfuerzos para lograr un fin común en el campo de lo político, bien puede calificarse como coalición o como alianza... desde el punto de vista cronológico esas formas de asociación pueden ocurrir con antelación a las elecciones, con miras a juntar fuerzas electorales para alzarse con el poder político, como así lo pone de presente el artículo 107 Superior (Mod. A. L. 01/09 Art. 1), al precisar que esos colectivos están autorizados a presentar “...candidatos propios o por coalición,...”, para lo cual pueden acudir a instrumentos como las consultas populares o internas o interpartidistas. Las alianzas o coaliciones también tienen lugar cuando ya se han cumplido las elecciones, con fines distintos al de conquistar cargos unipersonales o escaños en corporaciones públicas. Uno de esos casos es el señalado en el artículo 264 constitucional (Mod. A.L. 01/03 Art. 14), que prevé la coalición para que mediante el sistema de cifra repartidora los partidos o movimientos políticos con asiento en el Congreso de la República puedan designar los integrantes del Consejo Nacional Electoral. Además, esas asociaciones que surgen en el escenario político pueden acordar coaliciones o alianzas en torno a gobiernos o programas de Gobierno, con lo que la adhesión se encamina hacia la realización de políticas públicas o el establecimiento de un Gobierno con el suficiente respaldo político en el congreso para sacar avante las reformas requeridas para patentizar ese proyecto político. Las coaliciones o alianzas surgen de la manifestación libre y voluntaria de las organizaciones políticas, llámense partidos o movimientos políticos, o asociaciones o grupos significativos de ciudadanos; que se pueden pactar antes de las elecciones y con el propósito de conquistar el poder político en las urnas, y que también se pueden dar esos acuerdos con fines programáticos o de Gobierno, posteriores a la jornada electoral”³².

Es así como, la jurisprudencia de esta Sección ha concluido, en cuanto a coaliciones, que:

“(...) (i) las coaliciones y alianzas se toman como equivalentes en el ordenamiento jurídico interno, (ii) las mismas se pueden realizar con fines pre-electorales y post-electorales, (iii) **el requisito fundamental es el acuerdo de voluntades entre las organizaciones políticas**, (iv) se requiere que la inscripción sea avalada si la coalición o alianza se surte únicamente

32 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Susana Buitrago Valencia. 11001-03-28-000-2010-00033-00. Luis Jairo Ibarra Obando y Gladys Canacue Medina. Sent. 4 de agosto de 2011.

entre partidos y movimientos políticos con personería jurídica, pero si de la misma participa un movimiento social o grupo significativo de ciudadanos es viable que la inscripción se haga por firmas con la garantía de seriedad, y (v) ninguno de los coaligados puede inscribir, por separado, otra lista o candidato para el mismo certamen electoral”³³

3. El caso concreto

3.1 Estudio del primer problema jurídico. La doble militancia.

Señalan los demandantes (2014-00101-00) que el doctor **GERMÁN VARGAS Lleras** incurrió en doble militancia política en la modalidad establecida en el artículo 107.2 de la Constitución Política, y así mismo incurrió en violación del artículo 93³⁴ del Código Electoral porque al inscribirse como candidato presidencial periodo 2014-2018, declaró ser afiliado simultáneamente a los tres partidos coaligados y realizó campaña a nombre de los mismos tres partidos.

Igualmente, (2014-00091-00) que el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** incurrió en doble militancia al inscribirse como candidato a la Vicepresidencia conformando “coaliciones de Gobierno” sin haber renunciado con doce meses de anticipación como lo establece el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, siendo que era un hecho notorio que era directivo del Partido Cambio Radical.

Al respecto, obra en el plenario comunicación No. 059356, suscrita por la Directora de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls.250-264 del cuaderno 2014-0091), quien remite:

- i) Copias del formulario E-6 Solicitud de inscripción,
- ii) Copias de los avales de los partidos Cambio Radical, Liberal Colombiano y Social de Unidad Nacional,
- iii) Copias del acuerdo de coalición de 3 de marzo

33 Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 250002331000201100775-02. Actor: Manuel Guillermo Suescún Basto. Sent. 12 de septiembre de 2013.

34 Art. 93 del Código Electoral. “ En la solicitud de inscripción debe hacerse mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe una candidatura o lista de candidatos, y los inscriptores harán ante el respectivo funcionario electoral, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Para los candidatos tal juramento se entiende prestado por su firma en el memorial de aceptación de la candidatura.

Cuando los candidatos no se encuentren en el lugar donde la inscripción deba hacerse, prestarán juramento ante el Registrador del Estado Civil o funcionario diplomático o consular del lugar donde estuvieren, y de ello se extenderá atestación al pie del respectivo o respectivos memoriales, que deberán enviar inmediatamente esos funcionarios, así como comunicar por escrito tal hecho a las autoridades electorales ante las cuales deban hacerse las inscripciones.

El incumplimiento de esta disposición es causal de mala conducta que implica pérdida del empleo.

de 2014 suscrito entre los Partidos Social de Unidad Nacional -Partido de la U- Partido Liberal Colombiano y Partido Cambio Radical (folios260-261), entre otros documentos.

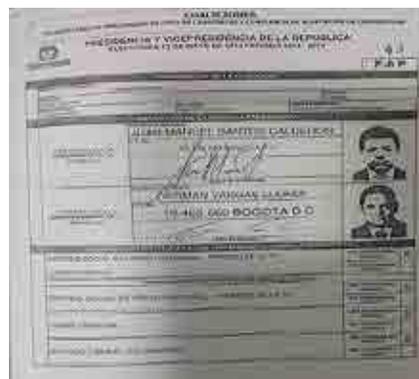
iv) Asimismo, certificaciones suscritas por el secretario general y representante legal del Partido Cambio Radical, del 25 de agosto de 2015 y 10 de septiembre de 2014, que refieren, respectivamente, que el Doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** (i) es miembro de ese partido desde 2002, y que presentó su renuncia a la Dirección Nacional en marzo de 2010 (fl. 215 exp. 2014- 00091) (ii) es miembro de esa colectividad desde el mes de enero de 2004 a la fecha, y fungió como director de esa colectividad desde el 10 de febrero de 2004 hasta el 30 de julio de 2010, renuncia aceptada mediante acta No. 59 de agosto de 2010.(fls. 130-131 exp. 2014-00091)

v) Certificación suscrita por el secretario general del Partido Liberal Colombiano de 19 de agosto de 2015 que señala que el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** no se encuentra afiliado al partido y que presentó su renuncia como militante en el mes de enero de 2002. (fl. 212):

vi) Certificación suscrita por el Representante legal del Partido Social de Unidad Nacional de 20 de agosto de 2015, en el que informa que una vez revisadas sus bases de datos se constata que el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** nunca ha sido militante del mismo (fl. 214):

En cuanto al formulario de inscripción se tiene que a nombre de la coalición “Unidad Nacional” se inscribió la fórmula de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** como candidato a la Presidencia y Germán Vargas Lleras como candidato a la Vicepresidencia el 4 de marzo de 2014.

En la casilla “organización política a la que pertenecen la fórmula presidencial” se lee: Partido Social de Unidad Nacional- Partido de la “U”, Cambio Radical, y en la casilla “organizaciones Políticas que conforman la coalición” Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la “U”, Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano, tal como se observa a continuación:



De lo anterior, sin lugar a mayor argumentación, es claro que el dicho del demandante sobre que **GERMÁN VARGAS LLERAS** declaró ser afiliado a los tres partidos políticos es una afirmación que no tiene sustento fáctico, pues en el documento de inscripción no existe tal declaración.

Al contrario, lo que dicho documento señala de acuerdo con las certificaciones otorgadas por los secretarios generales y representante legal de los partidos de Unidad Nacional, Cambio Radical y Liberal Colombiano es que siendo el doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** militante del Partido Cambio Radical se inscribió como fórmula a la vicepresidencia de **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, por la coalición de esos tres partidos políticos, de conformidad con el acuerdo igualmente presentado al momento de la inscripción³⁵, lo cual es permitido aplicando el tenor literal del artículo 9.3 de la Ley 130 de 1994, por consiguiente el demandado al ser inscrito por una coalición de partidos realizó actividades proselitistas en favor de los tres partidos que integran la coalición, al igual que el candidato presidente.

No se puede interpretar, de ninguna manera, como lo pretende el actor que, la prohibición de doble militancia, en general, implique la prohibición de acordar coaliciones entre partidos políticos, puesto que la asociación de partidos para participar en la contienda electoral frente a los cargos uninominales de elección popular está permitida, establecida y reglamentada en la legislación como una opción para la participación política.

De igual forma, en virtud del acuerdo de coalición suscrito por los tres partidos políticos, tampoco incurre el demandado en la prohibición de doble militancia, alegada por los actores como vulnerada y señalada en el numeral segundo de la Ley 1475 de 2011³⁶, que tiene que ver con la prohibición del candidato a la Vicepresidencia de inscribirse como fórmula siendo directivo del Partido Cambio Radical porque, como ya se señaló (i) las candidaturas a cargos uninominales por coalición de partidos son permitidas y reglamentadas por la legislación, (ii) el Partido Cambio Radical, al cual pertenece el demandado era parte de la Coalición “Unidad Nacional” y (iii) de acuerdo con la certificación presentada por el Partido Cambio Radical, el candidato a la Vicepresidencia renunció a la dirección de ese partido en el mes de marzo de 2010³⁷, esto es 4 años antes de la inscripción como candidato a la Vicepresidencia que se realizó el 4 de marzo de 2014.

35 Que señala en el numeral tercero: “Los partidos de coalición reconocen y aceptan la fórmula vicepresidencial que decida el candidato a la Presidencia de la República. Dr. Juan Manuel Santos Calderón.

36 Art. 2º Ley 1475 de 2011. (...) Quienes se desempeñen en cargos de dirección, Gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. (...).

37 Fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011.

Así las cosas, en el caso concreto no prospera el cargo de doble militancia en cuanto a la afirmación del actor sobre la pertenencia simultánea del candidato a la vicepresidencia a los partidos Políticos Social de Unidad Nacional “U”, Cambio Radical y Liberal Colombiano, puesto que de acuerdo a las pruebas allegadas no existe tal simultaneidad en la militancia, sino que se trata de una candidatura respaldada por una coalición de agrupaciones políticas con personería jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico, por ende la campaña electoral en el marco de tal coalición tampoco se constituye en doble militancia.

Por último, dentro del marco del acuerdo de coalición, entre los que se encontraba el Partido Cambio Radical, al cual pertenecía el candidato a la Vicepresidencia sumado a que el doctor **VARGAS LLERAS** no era directivo del Partido Cambio Radical 4 años antes de la inscripción, tampoco se incurre en la prohibición de doble militancia alegada por el actor.

3.2. Estudio del segundo problema jurídico. Falta de requisitos en la inscripción de la coalición.

Señala el actor (2014-00091-00) que la elección del doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS** como Vicepresidente de la República es nula porque no se acreditaron los requisitos contemplados en los parágrafos 1º y 2º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que establecen:

PARÁGRAFO 1º. Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

PARÁGRAFO 2º. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición.

De acuerdo con la norma transcrita son requisitos generales para conformar la coalición, establecer :(i) el mecanismo

mediante el cual se efectúa la designación del candidato, (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, (iii) el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y (iv) cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, (v) los sistemas de publicidad y (vi) auditoría interna (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

Frente a los requisitos establecidos en los numerales (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, y (vii) el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, en el caso concreto de coalición para presentar fórmula de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia no aplican, puesto que, el primer requisito mencionado se refiere únicamente a gobernadores y alcaldes, lo cual encuentra su sustento en la norma constitucional al respecto, que establece el voto programático y la posibilidad de revocatoria del mandato para estos cargos de elección popular así:

Art. 259 de la C. P. Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático.

En lo referente al requisito relacionado con el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al **elegido**, la Constitución Política consagra en el artículo 202 que en caso de faltas temporales o absolutas será el Vicepresidente quien reemplace al Presidente. Por lo tanto ya que se encuentra establecido por nuestra Carta Política la forma en que opera el reemplazo al Presidente de la república, excedería la libertad de los partidos políticos establecer una forma de suplir la vacante diferente.

En cuanto a los demás requisitos establecidos en la norma para la suscripción de los acuerdos o coaliciones de los partidos políticos para presentar candidatos, observa la Sala que a folios 320 y siguientes del cuaderno 2014-008-00 reposa el acuerdo de coalición signado por los representantes legales de los partidos Social de Unidad Nacional "U", Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano el 3 de marzo de 2014, en el cual se establece:

1. En el numeral primero se indica que el objeto de la coalición es inscribir y promover la candidatura a la Presidencia de la República del doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, lo cual denota que el candidato ya fue designado por la coalición, entonces el requisito se cumple.
2. En el numeral quinto se establece que la financiación de la campaña se hará mediante donaciones, anticipos y créditos, estos últimos que serán cubiertos con los recursos reconocidos por concepto de reposición de votos y otras fuentes contempladas por la ley. Y que los recursos de la reposición de gastos por la votación obtenida por el candidato de la coalición solo tendrán el propósito de cubrir

los gastos de la misma. Cumpliendo así los requisitos (iii) y (iv) de financiación y distribución de recurso por reposición de votos.

3. En el numeral séptimo se define que se acreditará ante el Consejo Nacional Electoral un sistema de auditoría interna de conformidad con el artículo 18 de la Ley 996 de 2005, con lo cual se cumple con el requisito del numeral (vi) de la norma.
4. En el numeral octavo se dice que la campaña hará uso de todos los medios que permite la ley para hacer publicidad y propaganda con ocasión de la campaña electoral, dando así cumplimiento al requisito del numeral (v) de la norma.

Conforme con lo anterior, no comparte la Sala lo planteado por el actor que no se acreditaron los requisitos establecidos en los parágrafos uno y dos del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, pues una vez efectuada la verificación del acuerdo de coalición presentado en la inscripción de la candidatura si se cumplen.

Por lo tanto el cargo relacionado con dicho incumplimiento no prospera.

3.3. Tercer Problema Jurídico: Falta de requisitos del Vicepresidente

Considera el actor (2014-00091) que el Vicepresidente electo, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución Política, no cumple con los requisitos para ejercer como Presidente, en cuanto los candidatos deben pertenecer al mismo partido político o coalición.

Frente a este planteamiento, es menester señalar que los **requisitos** para ser Vicepresidente de la República están consagrados en el artículo 204 de la Constitución Política, que remite expresamente al artículo 191 de la Carta en el que se establecen las mismas exigencias señaladas para ser Presidente de la República y a la letra reza:

ARTÍCULO 191 DE LA C. P. Para ser Presidente de la República se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta años.

De la norma transcrita no se puede inferir la exigencia de pertenecer al mismo partido del Presidente como requisito para ser Vicepresidente.

Tampoco, como lo señala el demandante, en el evento en el que, el Vicepresidente deba reemplazar al Presidente por vacancia temporal o absoluta, se requiere que militen en el mismo partido político. Pues tal como ha sido señalado en esta providencia, las coaliciones o asociaciones interpartidistas para ocupar cargos uninominales, no solo no están prohibidas, sino que son permitidas y reglamentadas por nuestra legislación.

Asimismo, el artículo 202 de la Constitución en lo que respecta a como debe efectuarse el reemplazo del Presidente en caso de vacancia temporal o absoluta señala: *“El Vicepresidente tendrá el mismo período del Presidente y lo reemplazará en sus faltas temporales o absolutas, aun en el caso de que estas se presenten antes de su posesión”*.

Así las cosas, el texto es claro en indicar que es el Vicepresidente el llamado a reemplazar al Presidente en caso de vacancia temporal o absoluta.

El artículo 203 de la Carta, -que menciona como vulnerado el actor- se refiere al reemplazo del Presidente, en el caso específico y concreto en que el Vicepresidente se encuentre ejerciendo el cargo de presidente y ocurra una vacancia. Es en esa eventualidad única y exclusivamente en la que recae sobre el ministro en el orden que establezca la ley, y que debe ser de la misma filiación Política que el Presidente, el llamado a ocupar el cargo de Presidente.

De lo anterior, se concluye que no es un requisito, tanto para ser elegido Vicepresidente de la República como para cuando sea necesario reemplazar al Presidente de la República: que el Vicepresidente sea de la misma filiación política que el Presidente, así como lo manifiesta el demandado

Así las cosas, el cargo relacionado con la falta de requisitos en el caso concreto, es una interpretación errónea de las normas constitucionales en las que fundamenta la violación el actor, por lo tanto no prospera.

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,

FALLA:

PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Rocío Araújo Oñate

Carlos Enrique Moreno Rubio

Alberto Yepes Barreiro

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -
Fijación del litigio/FIJACIÓN DEL LITIGIO -
Trascendencia en los procesos electorales que
se surte ante la jurisdicción contenciosa**

La fijación del litigio constituye uno de los aspectos cruciales para el desarrollo del proceso, en la medida en que se erige como la carta de navegación o la hoja de ruta que habrá de seguirse a efectos de hallar solución a los problemas jurídicos que en ella se planteen.

Es la oportunidad que tiene el juzgador de depurar el contexto fáctico y jurídico relevante para los sujetos procesales en contienda, sujetos estos que podrán a través del recurso de reposición buscar la mayor claridad en el evento en que consideren que el fijado por el Despacho se excede o se limita frente a lo pretendido. O, como lo señaló esta Sección en pretérita ocasión, al advertir que es el escenario en el que el juez contencioso puede, con claridad, "... determinar cuáles son los hechos controvertidos y las censuras que se le endilgan al acto acusado...". Para ello, es menester que se extraigan los supuestos fácticos sobre los cuales existe acuerdo y aquellos sobre los que no.

Aquellos no requerirán de refrendación probatoria, a menos que la ley determine lo contrario, pues, desde esta etapa procesal, es posible que se tengan por acreditados.

De ahí que, tal circunstancia, a su vez, permita descartar la práctica de aquellas pruebas que, versando sobre tales puntos, hayan sido solicitadas por las partes o intervinientes, pues, bajo esa óptica, no resultan necesarias de cara al marco fáctico que se ha fijado.

Ahora, más importante aún es el hecho de que el juez, como director del proceso y con la anuencia de las partes, determine el alcance de las pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho que las sustentan, así como también de las excepciones a que hubiere lugar, a efectos de evitar desenlaces ambiguos del proceso, que conlleven un perjudicial degaste para la administración de justicia y para todos los sujetos procesales.

Por lo dicho, resulta cardinal que todos los involucrados, incluido el propio operador jurídico, sienten con claridad las bases de la discusión que se pretende desentrañar, ya que la pasividad frente a tan determinante aspecto, puede conducir a que se excluyan focos de controversia o, peor aún, que se cambie la orientación del debate o se permita la inclusión de nuevas razones en favor o en contra de la legalidad del acto acusado, con todo lo que ello implica.

A juicio de la Sala, dicha etapa procesal denota una esfera de concreción del principio de congruencia, que, a su vez, se traduce en un eje axial del debido proceso y de la justicia rogada como premisa ineludible dentro del ejercicio de la jurisdicción contenciosa administrativa, a la cual, desde luego, no escapa la justicia electoral.

De hecho, en esta sede, como en otras en las que se entevera el goce de garantías superiores, se debe, sin sacrificar el derecho sustancial, manejar con mucho celo tal corrección formal – que es propia también de los principios de eventualidad y de contradicción, tan inherentes al debido proceso–, pues, en su seno, se ventilan divergencias que inciden en los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, así como a participar de la conformación, ejercicio y control del poder político, entre otros.

De ahí que la regla general sea que la decisión del juez – unipersonal o colegiado– con la cual se ponga fin al proceso, se circunscriba a los estrictos y precisos términos de la senda argumental previamente definida en la audiencia en la que se resolvió sobre la fijación del litigio; y la excepción a esta regla, como en otras oportunidades lo ha precisado esta Sección, es que le sea dable al juzgador, dentro de límites de proporcionalidad y racionalidad, exceder el marco fáctico y jurídico expresamente decantado desde esa etapa, aunque, dicho sea de paso, únicamente en circunstancias muy extraordinarias y solo para abordar aspectos que se desprendan, de manera clara y contundente, de aquella.

Nota de Relatoría: Auto de 27 de octubre de 2014. Rad. 2014-00022-00. M. P.: Susana Buitrago Valencia. Auto de 12 de marzo de 2015. Rad. 2014-00019-00. M. P.: Susana Buitrago Valencia. Sección Quinta.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -
Elección de magistrado del Consejo Nacional
Electoral - MAGISTRADO DEL CONSEJO
NACIONAL ELECTORAL - Elegido no estaba
incurso en causal de inelegibilidad por
falta de los requisitos constitucionales para
desempeñar el cargo**

De acuerdo con los puntos de controversia establecidos en la fijación del litigio, procede la Sala a determinar si el acto de elección del señor Alexánder Vega Rocha, como Magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018, es nulo por recaer sobre un candidato incurso en la causal de inelegibilidad de falta de calidades constitucionales (art. 275.5 del CPACA) para acceder a tal dignidad, en este caso, previstas de manera armónica en los artículos 232 y 264 de la Constitución Política, en cuanto a la experiencia, con buen crédito, en el ejercicio de la profesión de abogado.

Considera el libelista que el doctor Alexánder Vega Rocha, para acceder a la dignidad en cuestión, no cumplía con los 10 años en el ejercicio de la profesión de abogado, reprocha también el acto de elección del doctor Vega Rocha, por considerar que el mencionado ciudadano tampoco cumple con el requisito de haber ejercido la profesión de abogado con "buen crédito", toda vez que del estudio realizado por el Partido Social de Unidad Nacional se evidenció que, en uno de los certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación aportados por aquel, se reportaba una inhabilidad

especial de 4 meses en su contra por hechos ocurridos cuando era personero municipal de Chía.

Pues bien, sea lo primero advertir que de las pruebas arrimadas al plenario se aprecia que el doctor Vega Rocha no presenta antecedentes de penas o sanciones reportadas en las bases de datos de ninguna de las demás entidades consultadas, por este hecho y sumado a que nada de ello ha sido objeto de controversia en el presente trámite contencioso, el estudio de la Sala se restringirá a determinar si la supuesta inconsistencia –en relación con los certificados de la Procuraduría General de la Nación– permite concluir que el referido togado carece del “buen crédito” que debe caracterizar la experiencia requerida para el cargo que en la actualidad ostenta. (...) de los elementos de juicio traídos al proceso para convalidar el aserto referente a la supuesta injerencia del doctor Vega Rocha en una decisión del Consejo Nacional Electoral, en sí mismos, no podrían derrumbar el buen crédito proyectado por este en el ejercicio de su profesión de abogado, ya que ni siquiera fueron complementados con otros testimonios, pues el demandante no cumplió con la carga de hacerlo comparecer como se comprometió al pedir la prueba y al ser decretada su práctica.

Aunado a lo anterior, tampoco se observa que las notas periodísticas que sostienen la censura se puedan encuadrar dentro de las excepciones previstas por la Sala Plena el 15 de julio de 2015, habida cuenta que, ni la información que contienen constituye un hecho notorio, ni se alude a la declaración de un servidor público que en razón de su investidura y posición en la sociedad deban ser desvirtuadas.

De conformidad con lo explicado, deviene palmario que el cargo examinado en el presente acápite tampoco está llamado a prosperar, pues, a través de las razones que sostienen dicha censura, no es posible derruir la presunción de legalidad del acto electoral acusado, en cuanto a la supuesta ausencia del requisito de “buen crédito” en el ejercicio de la profesión de abogado por parte del hoy magistrado Alexander Vega Rocha.

Atendiendo los motivos desarrollados a lo largo del presente proveído, la Sala concluye que en el trámite del proceso no se demostró que el acto de elección del señor Alexander Vega Rocha, como magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018, fuera nulo por recaer sobre un candidato incurrido en la causal de inelegibilidad de falta de las calidades constitucionales (art. 275.5 del CPACA) para acceder a tal dignidad, en este caso, las previstas de manera armónica en los artículos 232 y 264 de la Constitución Política, en cuanto a la experiencia, con buen crédito, en el ejercicio de la profesión de abogado durante diez años.

Nota de Relatoría: En la sentencia se hace la línea jurisprudencial sobre el ejercicio de la profesión de abogado. También trae a colación los pronunciamientos relacionados con el desarrollo del concepto jurídico indeterminado contenido en la expresión “buen crédito”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00135-00

Actor: Pablo Bustos Sánchez

Demandado: Magistrado del Consejo Nacional Electoral

Agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, corresponde a la Sala proferir fallo de única instancia dentro del proceso electoral iniciado por Pablo Bustos Sánchez contra la elección del Magistrado del Consejo Nacional Electoral **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

1.1.1 Pretensiones

Se declare la nulidad de la elección del señor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, por no cumplir con los requisitos constitucionales para desempeñar el cargo y, consecuencialmente, se ordene la realización de una nueva para la escogencia de su reemplazo.

1.1.2. Soporte fáctico

De lo consignado en el libelo, se extrae el siguiente:

El Partido Social de Unidad Nacional “U” expidió la Resolución No. 28 de 30 de julio de 2014, mediante la cual reglamentó el procedimiento para seleccionar los candidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral para el periodo 2014-2018.

Dicha preceptiva, en su artículo 1°, señaló que los requisitos y calidades para inscribirse eran los establecidos en los artículos 232 y 264 de la Constitución Política.

Asimismo, en el artículo 2°, dispuso como plazo perentorio para la inscripción de candidatos el 6 de agosto de 2014, lapso en el cual debían aportar la documentación requerida, pero el doctor **VEGA ROCHA** “...no aportó los documentos que acreditaran, para entonces, el cumplimiento de la totalidad de las exigencias constitucionales, legales y reglamentarias, especialmente el requisito de experiencia, así como el ‘buen crédito’ para ser postulado como profusa e insistentemente lo acreditaron y demostraron documentalmente tanto el comité de ética así como el veedor del Partido de la U” (fl. 3).

De conformidad con el artículo 3°, el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U”, mediante

informe de 13 de agosto de 2014, enteró a la Dirección Nacional y a la respectiva Bancada del Partido de que el “...*candidato ALEXÁNDER VEGA ROCHA, no acredit[ó] los 10 años de experiencia, y adicionalmente (...) que registra una sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la función, por un término de 4 meses, la cual así haya finalizado el 13 de julio de 2012, es un antecedente que se recomienda tener en cuenta al momento de su elección*” (fl. 3-4).

El 19 de agosto de 2014, el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U” expuso que “...*en lo que tiene que ver con la solicitud de Alexander Vega Rocha, la documentación aportada el día de hoy no es suficiente para que la recomendación inicialmente presentada por el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor del Partido sea modificada, además se evidenció que la misma presenta inconsistencias por la inicialmente aportada*” (fl. 4).

Ante lo anterior, el doctor VEGA ROCHA presentó reclamaciones, que fueron atendidas por el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor del Partido de la “U”, quienes mediante informe de 26 de agosto de 2014, dirigido al Director único del Partido sostuvieron que de “...*la hoja de vida con información allegada al partido en la fecha límite solo se puede constatar como experiencia laboral, nueve (9) años y cinco (5) meses, es decir [el doctor Vega] no cumplía los 10 años exigidos para poder ser aspirante. || Por esta razón el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor del Partido reitera[ron] su postura al Secretario General del Partido en correo dirigido el día 20 de agosto, respecto a que el candidato no reúne los requisitos para aspirar al cargo...*” (fl. 4-5).

El 22 de agosto de 2014, el Partido de la “U” postuló sus candidatos ante el Congreso de la República, excluyendo al doctor VEGA ROCHA.

Por tal razón el referido profesional ejerció acción de tutela, en cuyo trámite el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de medida cautelar, ordenó al Partido de la “U” incluir su nombre en la lista de admitidos para la magistratura del Consejo Nacional Electoral.

Dicha decisión fue acatada por el Partido de la “U”, y luego, el 28 de agosto de 2014, resultó elegido como magistrado del Consejo Nacional Electoral el doctor VEGA ROCHA y tomó posesión del cargo el 4 de septiembre de 2014, fecha en la que el Tribunal, al resolver de fondo la tutela, declaró la existencia de hecho superado y dejó sin efectos el auto de 25 de agosto del mismo año.

Lo anterior, pese a que, según el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido se había referido a la existencia de una sanción disciplinaria en su contra; misma que “...*posteriormente no apareció en los registros de la Procuraduría, lo cual pone en duda la exigencia del artículo 232-4 de la Constitución Política para ser magistrado ‘haber ejercido con buen crédito...*” (fl. 6).

En síntesis, para el órgano ético y disciplinario del Partido de la “U” el doctor Vega Rocha no cumplió con la experiencia requerida para el cargo y tampoco con el buen crédito predicable de esta, “...*no solo por su comportamiento antiético cuando se desempeñó como personero del municipio de Cbía, sino también según denuncia del actual diputado de Antioquia Andrés Guerra Hoyos, respecto de la exigencia de una fuerte suma de dinero para atender una supuesta exigencia económica por parte de un magistrado del Consejo Nacional Electoral, Marco Emilio Hincapié, para ‘otorgarle’ esto es asegurarle la curul al senado, la cual apareció publicada en medios de comunicación entre ellos Todelar y El Nuevo día...*” (fl. 6).

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

El demandante señala que el acto de elección del doctor VEGA ROCHA vulnera los siguientes preceptos:

- **Artículos 232 y 264 de la Constitución Política y 2, 7 y 9 de la Ley 130 de 1994**

En razón de que no se acató lo ordenado por la Resolución 028 de 30 de julio de 2014 expedida por el Director Único del Partido de la “U”, ya que el doctor VEGA ROCHA no cumplió con los requisitos y los plazos perentorios de acreditación que allí fueron establecidos, y por considerar que el fallo de tutela desbordó el respeto a la autonomía de los partidos políticos. A su juicio, el doctor Vega Rocha, antes de acudir a la acción de tutela para obtener su inclusión en la lista de candidatos a ser magistrados del Consejo Nacional Electoral, debió agotar ante el CNE el mecanismo de impugnación previsto en el inciso 2º del artículo 7º¹ de la Ley 130 de 1994.

- **Artículo 13 de la Constitución Política**

Por considerar que el doctor VEGA ROCHA no atendió la decisión del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U”, según la cual no cumplía los requisitos constitucionales para ser magistrado del Consejo Nacional Electoral, se “...*colocó en una situación de privilegio y muy por encima de los demás candidatos quienes, por el contrario, sí cumplieron con lo decidido por la Dirección General*” (fl. 14).

1 Artículo 7º. Obligatoriedad de los estatutos. La organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos se regirá por lo establecido en sus propios estatutos. Cualquier ciudadano, dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la respectiva decisión, podrá impugnar ante el Consejo Nacional Electoral las cláusulas estatutarias contrarias a la Constitución, a la ley o a las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, o las decisiones de las autoridades de los partidos y movimientos tomadas contraviniendo las mismas normas. || Los partidos y movimientos inscribirán ante el Consejo Nacional Electoral los nombres de las personas que, de acuerdo con sus estatutos, hayan sido designados para dirigirlos y para integrar sus órganos de Gobierno y administración, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha de la respectiva designación. El Consejo Nacional Electoral podrá, de oficio o a solicitud de cualquier persona, exigir que se verifique la respectiva inscripción y aun realizarla si dispone de la prueba correspondiente. Cualquier ciudadano podrá impugnar ante el Consejo Nacional Electoral la designación de esas directivas dentro de los quince (15) días siguientes a la misma, por violación grave de los estatutos del partido o movimiento. Para todos los efectos, el Consejo Nacional Electoral solo reconocerá como autoridades de los partidos y movimientos a las personas debidamente inscritas ante él.

- **Artículo 232 de la Constitución Política**

Al no “... haber ejercido la profesión de abogado con buen crédito...” (fl. 14), dado que, según los informes del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U”, el togado en cuestión presentaba una sanción disciplinaria, que posteriormente desapareció.

Además, de acuerdo con el diputado de Antioquía, Andrés Guerra Hoyos, el doctor **VEGA ROCHA** le solicitó “...una bolsa de mil trescientos millones de pesos para que yo pudiera ser Senador de la República...” (fl. 15), lo que lo motivó, según su dicho, a presentar la respectiva denuncia, de la cual no ha tenido respuesta alguna.

- **Artículo 138 de la Ley 5ª de 1992**

Porque el Partido de la “U”, el 22 de agosto de 2014, remitió al Congreso de la República los nombres de los candidatos postulados para ser magistrados del Consejo Nacional Electoral, con los soportes correspondientes, y, aunque la elección se convocó para el 27 del mismo mes y año, el doctor **VEGA ROCHA**, luego de proferido el informe de acreditación de 26 de agosto de 2014, fue incluido ese mismo día como aspirante; por tanto, no se cumplió con el lapso de tres días de antelación con los que debe fijarse la citación para la elección.

1.2. CONTESTACIONES

1.2.1 Del Senado de la República

Mediante apoderado, solicitó denegar las súplicas de la demanda, por considerar que la postulación del doctor **VEGA ROCHA** se ajustó a los postulados legales y constitucionales, y que las afirmaciones del actor “...son simples presupuestos subjetivos que deberá probar” (fl. 169). Además, por estimar que la irregularidad que se endilga es inexistente.

Luego de transcribir los artículos 137 y 275 del CPACA, adujo que quien pretenda la nulidad de un acto de nombramiento o elección deberá demostrar fehacientemente cómo el actuar de la administración transgrede la presunción de legalidad.

Sostuvo que dicha exigencia no la cumple el demandante, pues, a pesar de que depreca la anulación del acto de elección, no argumenta de manera clara y eficaz por qué está viciado de nulidad, las presuntas omisiones, el desvío de poder o las transgresiones normativas en las cuales pudo incurrir, pues se limita a “...cuestionar la validez del mismo con presunciones no demostradas en relación a una presunta inhabilidad y a una publicación emitida en algunos medios de comunicación del país” (fl. 171).

Acto seguido, expuso que si bien la presentación de la candidatura del doctor **VEGA ROCHA** no se incluyó en la primera de las listas remitidas por el Partido de la “U”, no puede dejar de tenerse en cuenta que su inclusión obedeció a la orden dictada en el curso de una acción de tutela conocida

por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, razón por la que entendió sin fundamento el cargo según el cual no se cumplió con el término de tres días de antelación para realizar la elección de magistrado del CNE (art. 138 de la Ley 5ª de 1992).

Finalmente, advirtió que, en dicho trámite constitucional, el doctor **VEGA ROCHA** acreditó que cumple con la experiencia para el cargo de magistrado del CNE. (fls. 167 al 174).

1.2.2 DE ALEXÁNDER VEGA ROCHA

Mediante apoderado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Luego de referirse a cada uno de los hechos plasmados en ella, analizó los cargos de violación y concluyó que aquellos que giran en torno a la falta de acreditación, ante el Partido de la “U”, de los requisitos exigidos para ser magistrado del CNE –experiencia de diez años y buen crédito–, pasó a rebatirlos, así:

- **En relación con las “Calidades para ser miembro del Consejo Nacional Electoral y el cumplimiento de las mismas...”**

A pesar de que acató las exigencias establecidas en la Resolución No. 028 de 2014 del Partido de la “U”, en lo referente al plazo de inscripción y los requisitos para su candidatura, el Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética del Partido de la “U”, en informe de 13 de agosto de 2014, afirmó que no cumplía con el requisito de experiencia y que registraba una sanción disciplinaria.

Posteriormente, el 19 de agosto de 2014, el Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética y el Veedor del Partido de la “U” afirmaron que la documentación allegada por él no resultaba suficiente para acreditar los requisitos legal y constitucionalmente exigidos.

Frente a las anteriores decisiones, ejerció acción de tutela – en la que, valga señalar, el demandante de la presente acción electoral también intervino– por considerar que sí cumplía con los requisitos para ser magistrado del CNE, solicitando que se inscribiera su nombre para participar en dicha elección.

Mediante auto de 25 de agosto de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó, como medida cautelar, al Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética y al Veedor del Partido de la “U” “...incluir el nombre del doctor *Alexánder Vega Rocha* en la lista de admitidos como candidato a la magistratura del Consejo Nacional Electoral” (fl. 178).

Dicha decisión se fundó en el estudio de su hoja de vida y demás anexos que también habían sido entregados al Partido, de los que el juzgador concluyó que el tutelante cumplía con los 10 años de experiencia y que no registraba antecedentes disciplinarios ni penales.

Si bien el fallo de tutela de primera instancia del 4 de septiembre de 2014 declaró hecho superado por carencia actual de objeto, dicha providencia se refirió a las pruebas allegadas al expediente y reiteró que el tutelante cumplía a cabalidad con los requisitos echados de menos por el ente político.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, al confirmar el fallo aludido, reiteró que el “... aspirante *Alexánder Vega Rocha* cumplió con cada uno de los requisitos exigidos para aspirar al cargo de Magistrado del Consejo Nacional Electoral” (fl. 183).

Sumado a lo anterior, los fundamentos de la presente demanda se dirigen a defender las actuaciones y decisiones de los órganos del Partido de la “U” sobre la acreditación de los requisitos y a controvertir las providencias judiciales dictadas en sede de tutela, frente a las cuales operó la cosa juzgada. Sin embargo, el actor omite advertir las razones por las que considera que el electo magistrado no cumple con la experiencia requerida.

En otras palabras, el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo de magistrado del CNE está demostrado en el estudio realizado por los jueces de tutela, tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo expuesto, respecto los cargos relacionados con la acreditación de la experiencia profesional y del ejercicio de la profesión con buen crédito, según el demandado, operó el fenómeno de la cosa juzgada, caracterizada por ser inmutable, vinculante y definitiva. Igualmente, también quedó demostrada la satisfacción de las exigencias constitucionales ante las Comisiones de Acreditación del Senado y de la Cámara de Representantes.

- **Respecto “del ejercicio de la profesión de abogado por diez años con buen crédito”**

Mediante fallo de 31 de agosto de 2011, el Procurador Primero Distrital de Bogotá, sancionó entre otros, al doctor **VEGA ROCHA**, en su calidad de Personero de Chía, con suspensión del ejercicio del cargo por seis meses.

El Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa “*disminuyó la sanción a cuatro meses de suspensión*” (fl. 187). Posteriormente, el Procurador General de la Nación, el 14 de agosto de 2014 en sede de revocatoria directa, le revocó la sanción impuesta y lo absolvió.

Así, previo a que el Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética y el Veedor del Partido de la “U” emitieran el informe de 19 de agosto de 2014, de revisión y acreditación documental y estudio de hojas de vida de los candidatos a magistrado del CNE, y a que el juez de tutela dictara la orden de incluirlo en la lista de candidatos y, por supuesto, antes de su elección, la sanción a la que se refiere el demandante ya había sido revocada, lo cual resulta suficiente para rebatir el cargo de la demanda.

En cuanto a las notas periodísticas en las que se afirmara que, presuntamente, realizó exigencias económicas al señor Andrés Guerra Hoyos, advirtió que además de ser falsas, subjetivas e infundadas carecen de valor probatorio, pues en razón de lo concluido por el Consejo de Estado, en la sentencia de 16 de enero de 2001² “...*los artículos periodísticos no dan certeza de la información que proporcionan ni sobre la veracidad de su contenido*” (fl. 188). Incluso la Sala Plena³ de la misma Corporación señaló que estas publicaciones carecen de eficacia probatoria.

- **Respecto “De la violación del artículo 138 de la Ley 5ª de 1992”**

Afirma la parte actora que en la designación del doctor **ALEXÁNDER VEGA**, como magistrado del CNE, no se cumplió con el término de tres días de antelación para la citación a la elección.

En este sentido, precisó que este cargo, al ser objetivo, incide en la elección de todos los miembros del Consejo Nacional Electoral, porque se imputa un vicio respecto del término que debe transcurrir entre la fecha de la citación y la de la elección. En esta medida, la demanda resulta inepta por indebida acumulación de causales objetivas y subjetivas (art. 281 del CPACA).

1.2.2.1. Excepción de indebida acumulación de causales de nulidad subjetivas y objetivas”

A partir de lo sostenido en el epígrafe inmediatamente anterior, afirmó que el demandante pretende la nulidad del acto de elección cuestionado, pero con fundamento en causales objetivas (irregularidades en el proceso de elección) y, al mismo tiempo, subjetivas (falta de acreditación de requisitos).

Reiteró que la presunta vulneración del artículo 138 de la Ley 5ª de 1992 incide en la elección de todos los miembros del Consejo Nacional Electoral, porque se imputa un vicio respecto del término que debe transcurrir entre la citación y la elección. En esa medida, la demanda resulta inepta por indebida acumulación de causales objetivas y subjetivas (art. 281 del CPACA).

Señaló que debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado, Sección Quinta⁴, en otro caso, denegó la prosperidad de esta excepción, pero porque en aquella ocasión se estudió la legalidad de una elección uninominal, “...*razón por la cual los efectos de la sentencia estimatoria bien sea por causales objetivas o subjetivas siempre generará una nueva elección*” (fl. 191).

Dicho en otros términos, ese antecedente, que versa sobre la elección de un cargo, difiere del presente, que trata de la elección de un cuerpo colegiado, por tanto, no resulta aplicable, en la medida que de prosperar esta excepción –

² Sección Quinta, Rad. ACU-1753 sentencia de 2 de marzo de 2006 de la cual no citó el radicado.

³ Sentencia de 6 de diciembre de 2010, Rad. No. 2009-0639.

⁴ Sentencia del 19 de septiembre de 2013, Rad. No. 2012-00051-00.

violación artículo 138 de 1992– sobrevendría la nulidad de la elección de todos los magistrados del CNE, los cuales no fueron vinculados a la presente *litis* (fls. 177-194).

1.3. TRÁMITE DEL PROCESO

Mediante providencia del 27 de noviembre de 2014 (fls. 136-154), la Sección Quinta admitió la demanda, negó la medida de suspensión provisional deprecada y ordenó, conforme con la normativa aplicable, las debidas notificaciones, las cuales, en efecto, se practicaron.

A través de providencia de 17 de abril de 2015 (fls. 260-264), la Consejera Ponente dejó sin efectos el numeral 3º del auto admisorio, que ordenaba la notificación al Partido de la “U”, junto con la entrega del aviso y el requerimiento para que el demandante lo publicara. A su vez, se negó a declarar terminado el presente proceso por abandono, como lo había solicitado el apoderado del Congreso de la República (fl. 259).

La anterior decisión, al ser recurrida (fls. 274-276) en súplica ordinaria por el apoderado del órgano legislativo, fue confirmada por la respectiva Sala de decisión con auto de 5 de junio de 2015 (fls. 293-297).

Por auto de 24 de junio de 2015 (fl. 318) se rechazó de plano por improcedente la solicitud de fijación de nueva fecha para la celebración de audiencia inicial, presentada por el Jefe de la División Jurídica del Congreso de la República.

1.4. AUDIENCIA INICIAL

Con auto de 16 de junio de 2014⁵, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 1º de julio de 2014.

Durante la misma se respetaron las etapas previstas por el CPACA para resolver las excepciones previas, sanear nulidades, establecer la competencia de la Sección, fijar el litigio y decretar las pruebas que se consideraron pertinentes.

Aunque en la respectiva acta (fls. 328-350) consta *in extenso* lo ocurrido en cada una de las etapas, a continuación se sintetiza lo allí acontecido

1.4.1. Excepciones previas y otras

1.4.1.1. En primer lugar, se declaró no probada la de “cosa juzgada”, que había sido sustentada en las decisiones de tutela que versaron sobre el cumplimiento de los requisitos para que el doctor ALEXÁNDER VEGA ROCHA fuera postulado.

Al respecto, se explicó que el trámite constitucional y el proceso de nulidad electoral atienden fines disímiles, dado que mientras el primero estudia la violación de derechos fundamentales; en el segundo, se ventila la legalidad de actos administrativos de contenido electoral, lo cual conlleva otro manejo respecto de la correlación entre principio de legalidad, carga y validez de la

prueba, en especial respecto de la certificación laboral del doctor Rodrigo Escobar Gil, que no fue objeto de debate en la tutela.

Igualmente, se precisó que la decisión de amparo no puede tomarse como prueba de los hechos del *sub lite*, pues lo que aquí se estudia difiere del objeto y la *causa petendi* del proceso constitucional. Basta decir que la tutela resolvió uno de los aspectos atinentes al trámite de postulación del referido togado, mientras que en el presente asunto se examina la legalidad del acto de elección.

1.4.1.2. En el mismo sentido, se despachó la de “indebida acumulación de causales subjetivas y objetivas”, que, según la defensa, sobrevino porque, aparte de los cargos asociados a la falta de requisitos para ser magistrado, se acusó su inscripción por realizarse después de cerrada la etapa de acreditación, lo cual, a su juicio, traería la nulidad no solo de su elección, sino de los demás miembros del Consejo Nacional Electoral.

Sin embargo, en su oportunidad, se descartó que se tratase de una causal objetiva, como lo quería hacer ver el apoderado del doctor VEGA ROCHA, pues lo que en últimas se imputa son causales de inelegibilidad, es decir, de carácter subjetivas, como incluso lo había resuelto la Sala en el *sub lite*, por auto de 5 de junio de 2015, que desató el recurso de súplica interpuesto dentro del trámite de admisión de la demanda de nulidad electoral.

1.4.2. Fijación del litigio

El litigio quedó fijado de la siguiente manera:

Determinar si el acto de elección del doctor ALEXÁNDER VEGA ROCHA, como Magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018⁶, es nulo por elegir a un candidato incurso en la causal de inelegibilidad por falta de las calidades constitucionales previstas en el artículo 232 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 264 *ibidem*, relacionadas con la experiencia profesional y el buen crédito en el ejercicio profesional, siguiendo los derroteros temáticos antes planteados en la respectiva audiencia inicial.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.5.1. Del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

Pidió que se denegaran las pretensiones de la demanda y resaltó que el asunto debe contraerse únicamente a resolver la fijación del litigio.

Reseñó algunas sentencias de esta Sección, en las que señala que la experiencia profesional se puede acreditar en distintos campos, no solo como apoderado en procesos litigiosos, en los que se pongan en práctica los conocimientos jurídicos o del derecho.

5 Folio 307.

6 Contenido en las Gacetas del Congreso de la República No. 671 y 672 de 31 de octubre de 2014.

Concluyó que, de la documentación obrante en el plenario, se extrae con claridad que el doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** cumple con los 10 años de experiencia que le exige la Constitución, lo cual fue verificado por un Juez de tutela y por su propio partido político.

Destacó que el reparo sobre la ausencia de buen crédito, no tiene ningún soporte, toda vez que se funda en una sanción que fue revocada por el Procurador General de la Nación, lo cual no fue debatido, ni tachado durante el proceso.

Por último, advirtió que las censuras relacionadas con el caso del señor Andrés Guerra Hoyos también fueron desvirtuadas dentro del proceso, con los testimonios del doctor Marco Emilio Hincapié y argumentó que las notas de prensa allegadas al expediente carecen valor probatorio para los fines que aquí se le endilgan, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Además, se refirió a otros aspectos excluidos de la fijación del litigio, los cuales tuvo por desacertados.

1.5.2. Del doctor Alexander Vega Rocha

Su apoderado se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, luego de manifestar que su prohijado demostró el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales requeridos para su elección como magistrado del Consejo Nacional Electoral.

Transcribió lo resuelto en la audiencia inicial acerca de la fijación del litigio y, acto seguido, precisó que el informe del Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética del Partido, en cuanto a que desconocía su experiencia para acceder al referido cargo fue desvirtuado por los jueces de tutela que resolvieron su inclusión en las listas que fueron enviadas al Congreso de la República, al verificar los documentos que, dijo, fueron los mismos que examinó el Partido; lo propio dijo de la Comisión de Acreditación del Congreso de la República, ante el cual también superó el respectivo examen documental.

Resaltó la ausencia de antecedentes penales y disciplinarios, conforme con las certificaciones obrantes en el plenario, e insistió en que, antes de culminar el trámite de acreditación al interior del partido, el Procurador General de la Nación, en decisión de 14 de agosto de 2014, revocó la única sanción advertida por el mencionado Consejo Disciplinario. Aclaró que ello ocurrió antes de que este último rindiera su informe definitivo, esto es, del 19 de agosto de 2014.

En cuanto al presunto incidente con el doctor Andrés Guerra Hoyos, advirtió que las publicaciones periódicas que soportan la demanda carecen de mérito probatorio y que, en todo caso, quedaron desvirtuadas con el testimonio del expresidente del Consejo Nacional Electoral, Marco Emilio Hincapié.

Finalmente, realizó otras precisiones sobre temas que no fueron objeto de la fijación del litigio.

1.5.3. Del demandante

El doctor Pablo Bustos Sánchez, mediante escrito radicado el 25 de noviembre de 2015 en la Secretaría de la Sección, insistió en que debía declararse la nulidad del acto acusado y convocarse a nueva elección, por cuanto, a su juicio, el doctor VEGA ROCHA no acreditó, en tiempo, ante su partido, la experiencia requerida para el cargo.

Presentó una relación de hechos, conceptos de violación y anexos que reprodujeron lo manifestado en la demanda.

Como “*consideraciones adicionales*”, destacó la ausencia de fecha en la certificación laboral emitida por el doctor Rodrigo Escobar Gil, que, en su momento, se aportó al Comité de Ética del Partido. Esto, para concluir que su presentación extemporánea y la falta de datación, impedían tener por demostrada la experiencia.

Partiendo de ello, instó a la Corporación a pronunciarse sobre la oportunidad en la presentación de documentos al órgano de postulación, ya que, hasta el momento, nada se había dicho, así como tampoco sobre el conflicto suscitado por la medida cautelar del trámite de tutela que permitió hacer parte de la lista de candidatos enviada al Congreso de la República.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. El acto demandado

Se demanda el acto de elección del doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, como Magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018, contenido en las Gacetas del Congreso de la República No. 671 y 672 de 31 de octubre de 2014.

2.2. Problema jurídico a resolver

Como quedó plasmado en la fijación del litigio, el problema jurídico bajo examen, se contrae a:

Determinar si el acto de elección del doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, como Magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018⁷, es nulo por elegir a un candidato incurso en la causal de inelegibilidad por falta de las calidades constitucionales previstas en el artículo 232 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 264 *ibidem*, relacionadas con la experiencia profesional y el buen crédito en el ejercicio profesional, siguiendo los derroteros temáticos planteados en la fijación del litigio, cuyas particularidades serán objeto de ampliación por la Sala, al acometer el estudio del caso concreto.

2.3. Pruebas allegadas al plenario

2.3.1. Testimoniales

- **Andrés Guerra Hoyos**

⁷ Contenido en las Gacetas del Congreso de la República No. 671 y 672 de 31 de octubre de 2014.

Al señor Guerra Hoyos se le citó, de conformidad con la información suministrada por el demandante, para el 8 de julio de 2015, con miras a que rindiera su testimonio, pero no se hizo presente.

En el curso de la diligencia programada, el actor advirtió que la dirección que suministró en la demanda para citar al señor Guerra Hoyos no era la actual, por lo que pidió citarlo nuevamente.

La Consejera Ponente rechazó la petición. Frente a ese proveído, el solicitante interpuso recurso de reposición, que culminó con la confirmación de la decisión recurrida (fls. 363 al 366).

- Marco Emilio Hincapié Ramírez

Su testimonio se recibió el 8 de julio de 2015, luego de los generales de ley, señaló que sí conoce al doctor VEGA ROCHA, por cuanto cuando él —el declarante— fungía como magistrado del Consejo Nacional Electoral, entre 2006 y 2007, un grupo de ciudadanos de Chía, entre quienes estaba el señor VEGA ROCHA, acudieron a él para pedir que se brindaran garantías al proceso electoral que para autoridades territoriales se hallaba en curso; señaló que solo volvió a tener contacto con el doctor VEGA ROCHA luego de enterarse de la noticia que años después difundió ANDRÉS GUERRA HOYOS, ocasión en la que le increpó sobre tan execrable imputación, y en la que el doctor ALEXÁNDER le manifestó que eso era absolutamente falso, que él no había hablado con el señor Guerra y que las circunstancias de su encuentro anterior contaban con todos los vecinos de Chía que lo acompañaron a la reunión. Refiere que nunca más se ha reunido con el demandado. Sobre el hecho de fondo, es decir la presunta situación en la que el testigo y/o el demandado le habrían solicitado dinero a ANDRÉS GUERRA HOYOS, el testigo Hincapié señaló:

“PREGUNTADO: indíqueme a la audiencia si conoce usted al señor ANDRÉS GUERRA HOYOS. En caso afirmativo, señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que lo conoció.

CONTESTÓ: primero debo afirmar que al señor Guerra no lo conocí hasta el día que me enteré de una situación gravísima que estaba ocurriendo con respecto a los resultados electorales del Senado de la República del año 2010 y aconteció que el señor Alex Vega a quien conocía, como ya referí y era vecino llegó a la casa de mi habitación y me había llamado para que lo recibiera a él para hablar de un tema importante. Al llegar a la casa me causó sorpresa que se apareciera con dos señores que se presentaron como el señor Guerra Hoyos y el señor Merlano, candidatos por el Partido de la U, si no estoy mal, al Senado de la República. Me sentí molesto y se lo manifesté al Dr. Vega, por presentar a estas personas, candidatos a mi casa. El me manifestó que el tema era gravísimo, que le regalara un momento, con los

dos señores. Precisamente me encontraba en la casa, con mi señora, con el ingeniero Gustavo Villamil, contratista de la RNEC, y mi hija Sandra Lucía con su esposo Mauricio Pedroza. Los hice seguir a la sala y me comentaron un fraude en tres departamentos, Chocó, Guajira y Magdalena. El señor Guerra que conocí en ese momento me manifestó que había hecho campaña por todo el país, entregó unos árboles como un símbolo de un nuevo proceso de liderazgo. Me manifestó que él, de acuerdo a los informes que daba la Registraduría, sobre los escrutinios, de un momento a otro notó que al estar saliendo como posiblemente elegido, porque estos reportes de la Registraduría no son documentos electorales, no constituyen prueba, hasta que terminen los escrutinios, notó que unos candidatos como Sánchez de Oca, en el Chocó, Fuad Rapag en el Magdalena, y en la Guajira el senador Ballesteros. Yo le manifesté que con mucho gusto tendría que hacer un documento en donde informara al C.N.E. de esas irregularidades. El C.N.E. haciendo uso de la facultad que le da el Acto Legislativo 01 de 2003, expidió una resolución para la transparencia electoral. En el proceso de escrutinios del C.N.E. podría asumir el escrutinio y hacerlo directamente cuando las circunstancias lo ameritan. Y las circunstancias en ese momento para todo el país, como ocurre en los procesos electorales, se presentaron cantidades de denuncias sobre fraudes electorales presentadas por los partidos y candidatos, sobre escrutinios que se realizaban en los municipios y departamento, el C.N.E. determinó por medio de la resolución iniciar un proceso que se daba por primera vez en el país, que fue la de transportar con la Policía Nacional aéreamente hasta Bogotá aproximadamente 18.000 mesas, formularios E-24 hasta Bogotá. Fueron depositadas esas mesas en Tomas de la Rue. Por tres meses Corferias se acondicionó estableciendo salas unitarias de los Magistrados con partidos y candidatos, para que se hiciera el recuento de votos mirando los documentos electorales uno a uno como si se tratara de un escrutinio del exterior. Volviendo al tema del señor Guerra y Merlano, presentaron sus denuncias por medio de abogado y directamente y a los magistrados se les entregaron por sorteo los departamentos. Chocó le correspondió al Dr. Ciro Muñoz y Guajira al Dr. Ciro Muñoz. Magdalena, senado, al Dr. Pablo Gil de la Hoz. En esa semana me llamó a la oficina el Dr. Guerra Serna, Liberal, yo representaba al partido Liberal, los Consejeros obedecen a condición Política y me pidió que lo recibiera, le dijo que no tenía inconveniente, pero cuando vía a quienes les correspondieron proceso, quería tener con ellos esa relación. Así conocí al Guerra y a Merlano. Cuando salieron de la casa, el ingeniero Villamil, quien dirigía la Sección de Informática Electoral, les entregaría la información de los departamentos que había sido reportada hasta ese momento por las comisiones escrutadoras y los

formularios E-14 y E-24 y ellos se ocupaban de hacer el análisis de esos documentos y se iban señalando situaciones especiales que se presentaban en el país. Mesas donde los candidatos obtenían hasta el 100 por ciento. Algunos partidos aparecían con votos en el partido y en el E-24 aparecían con los candidatos.

PREGUNTADO: Para qué quería el parlamentario que lo conociera. Precise los hechos a la pregunta anterior.

CONTESTÓ: El Congresista Guerra Serna, a quien me he referido es padre de Andrés Guerra Hoyos. Cuando llega a la casa lo conozco físicamente.

Respecto al tema del señor Andrés Guerra, 2 años después de haber pasado el proceso de los escrutinios sacó en los medios aseveraciones calumniosas en contra mía. Instauré la denuncia penal en el año 2012 ante la dirección de Fiscalías contra el Diputado de Antioquia, donde están claramente las imputaciones sobre haber pedido yo una plata. Después cambió la versión diciendo que fue por medio de Alex Vega. Hace imputaciones contra el sindicato de la R.N.E.C. no obstante en las grabaciones me había presentado como el salvador del proceso electoral en Colombia. Que con lo que había aprendido del Presidente del C.N.E. se iba a conocer la verdad en todo el país. Instauré la denuncia de la cual dejo copia de 27 de julio de 2012, tan pronto me hizo esas imputaciones y además adjunto la constancia de no asistir a la audiencia de conciliación en treinta folios, otros documentos que se relacionan en la grabación en el C.D. que hace parte del proceso. La Consejera los incorpora al expediente. Continúa el declarante. Las declaraciones del señor Guerra están en ese documento y en el proceso de la Fiscalía obran los documentos aportados. En ese momento se determina las resoluciones, los ponentes de cada una de ellas en las situaciones de interés de los señores Guerra y Merlano. Aclaro que nunca solicité directamente ni ha sido ni será mi costumbre, dinero alguno por actos que tengan que ver con el ejercicio de mis funciones, por eso instauré la noticia criminal en el momento en que sentí que se me estaba afectando mi buen nombre como exfuncionario público en ese momento y como ciudadano.

PREGUNTADO: Fue vinculado a alguna investigación penal o disciplinaria presentada por el señor Guerra Hoyos con solicitud de dineros.

CONTESTÓ: Nunca he sido notificado. Hasta ahora me citan en el Consejo de Estado.

PREGUNTADO: Con respecto a la denuncia que presentó, cuál es el estado en que se encuentra.

CONTESTÓ: El testigo consulta el celular para verificar los datos que se le preguntan. Fiscalía Local

que queda al parecer en la 13 con 18. Fiscalía 254 me parece, local.

Se la concede el uso de la palabra al señor demandante y luego al apoderado de la parte demandada.

El doctor Pablo Bustos, pregunta de cómo se enteró de la presunta exigencia económica del Dr. Vega.

CONTESTÓ: Me enteré el día que el señor Guerra salió en los medios en el año 2012 y él sale en RCN a denunciar al C.N.E. diciendo que había mucho fraude e irregularidad en el proceso electoral del Congreso de 2010. Es en ese momento cuando me entero y me pongo a averiguar y mirar los twitters del 2012, o sea dos años después de que supuestamente sucedieron esos hechos, ese mes presenté la denuncia.

PREGUNTADO: Tuvo algún contacto con el señor Guerra Hoyos a raíz de las supuestas exigencias económicas.

CONTESTÓ: En el mes de mayo asume la presidencia la doctora Adelina Cobo y era ella quien ya recibía todos los documentos. En esa presidencia se recibieron las reclamaciones de los escrutinios.

PREGUNTADO: Qué relación de trato tenía el señor Vega con Guerra Hoyos.

CONTESTÓ: Es abogado en el tema electoral, con los candidatos de la U. no sé si tenía poder o no para actuar.

El apoderado de la parte demandante interviene:

PREGUNTADO: Sírvase informar a la audiencia, ha dicho que no ha hecho exigencia económica al señor Guerra Hoyos, antes, durante o después de la reunión el señor Vega le solicitó alguna cantidad económica para favorecer al señor Guerra para el Senado de la República.

CONTESTÓ: No. No he sido yo ni ha sido costumbre de mi familia prestarme a admitir esas situaciones.

PREGUNTADO: A lo largo de la audiencia se ha dicho que el señor Guerra era candidato, recuerda ¿cuál era el partido por el que aspiraba al Congreso?

CONTESTÓ: Eran candidatos por el Partido de la U.

PREGUNTADO: Informe a la audiencia si conoce o ha tenido conocimiento de alguna relación entre Vega y Guerra.

CONTESTÓ: Creo que los vinculaba el Partido de la U

PREGUNTADO: Informe si tiene conocimiento de la relación que actualmente existe entre los señores Guerra Hoyos y el Partido de la U.

CONTESTÓ: No sabría decir en qué partido estaba.

PREGUNTADO: Conoce las razones por las cuales se le hacen estas imputaciones.

CONTESTÓ: No sé. De pronto por hacerse notar. No sé qué motivo personal lo mueve a él. Presumo que está la parte de hacerse notar para ganar cosas políticas.

PREGUNTADO: Si tiene conocimiento que el señor Guerra Hoyos fue expulsado del Partido de la U.

CONTESTÓ: No tengo conocimiento.

La Consejera pregunta, quiénes instruyeron y decidieron las denuncias electorales sobre las supuestas irregularidades y el fraude electoral mencionado, cuál fue el trámite y la decisión adoptada.

Contestó: Los negocios con las denuncias instauradas en los departamentos del Magdalena le correspondió hacer escrutinios y ponencia al Dr. Pablo Gil. En el Chocó y Guajira le correspondió instruir en Sala Unitaria al Dr. Ciro Muñoz Oñate, respecto al Senado de la República. Estas decisiones fueron llevadas con ponencia a la Sala Plena donde votamos todos los magistrados se encontraron graves irregularidades en el departamento del Chocó dando como resultado, de acuerdo a la ponencia y al estudio de los escrutinios realizado por el Dr. Ciro Muñoz, que a la señora Sánchez de Oca, quien en el preconteo aparecía entre las favorecidas, se le excluyera gran cantidad de votos y que dio lugar a que finalmente quien obtuvo la curul fuera el Dr. Merlano. El señor Vega no aparece dentro de los actos de la resolución, que realmente allí se refiere a candidatos y a apoderados relacionados con las denuncias electorales” (fls. 366 al 375).

2.3.2. Documentales

(i) Oficio DRCC No. 3626 de 6 de julio de 2015 suscrito por la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación⁸, que informa: “...revisados los sistemas de información de la Entidad, se encontraron registros de procesos disciplinarios en contra del señor Alexander Vega Rocha, que anexo en un folio, igualmente anexo en dieciséis folios registros de quejas interpuestas en esa Entidad, en contra del señor Vega Rocha” (fl. 435).

Revisado el listado remitido (fl. 436), el Despacho advierte que se trata de dos asuntos, uno de ellos se encuentra “inactivo” y

tiene como fecha de prescripción el 21 de septiembre de 2012 y el otro se registra como “caso cerrado”.

Los demás anexos contienen las constancias de “registro y control de correspondencia” de la Procuraduría General de la Nación, discriminadas así:

- No. 151569 del 05-05-2015, “Detalle: citación a audiencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en providencia del 13 de abril de 2015 dentro del proceso (...) Demandante Alexander Vega Rocha, Demandada Procuraduría General de la Nación para audiencia de conciliación a celebrarse el día 26 de mayo de 2015 a las 9 am” (fl. 437).
- No. 79647 del 09-03-20015, “Detalle: Remite correo E. Asunto; citación a audiencia de conciliación oficio del Tribunal Contencioso Activo C-marca dirigido a Jorge Mario Segov Armenta apoderado demandado juicio: 25000-23-42-000-2012-00851-00 demandante Alexander Vega Rocha Mag: José María Armenta demandada: PGN contiene citación a audiencia de conciliación para el 14 de abril de 2015 a las 10:00 am” (fl. 438).
- No. 436190 del 11-12-2014, “Detalle: Solicitud de vigilancia especial ante el despacho del magistrado del Consejo Nacional Electoral Alexander Vega Rocha, proceso de revocación directa-parcial de la Resolución 1825 del 10-07-2013, Rad. No. 2014-6005” (fl. 439).
- No. 107356 del 14-05-2007, “Detalle: Remiten queja contra el Personero Municipal de Chía Alexander Vega Rocha” (fl. 440).
- No. 107356 del 14-05-2007, “Detalle: Remiten queja contra el Personero Municipal de Chía Alexander Vega Rocha” (fl. 441).
- No. 54029 del 08-03-2007, “Detalle: Remiten queja contra el Personero Municipal de Chía Alexander Vega Rocha” (fl. 442).
- No. 163556 del 19-07-2006 “Detalle: Remiten queja contra el Personero Municipal de Chía Alexander Vega Rocha” (fl. 444).
- No. 180659 del 19-07-2005 “Detalle: 150705-REF desconocimiento de la ley y la Constitución que contra el Personero Mpal de Chía Alexander Vega Rocha y (sic) Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Chía” (fl. 446).
- No. 137250 del 02-06-2005 “Detalle: Remiten queja contra el Personero Municipal de Chía Alexander Vega Rocha” (fl. 448).
- No. 98858 del 22-04-2005 “Detalle: solicita se investigue al doctor Alexander Vega Rocha Personero Municipal de Chía” (fl. 450).

8 Folio 435.

- No. 23031 del 02-02-2005 “Detalle: queja contra Personero Mpal de Chía, Alexander Vega Rocha, por no dar respuesta a derecho de petición” (fl. 452).

(ii) Oficio No. SJ.AFPM 33749 de 10 de julio de 2015, suscrito por la Secretaria Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en el que manifiesta que “... revisado nuestro Sistema de Gestión Siglo XXI, no se encontró proceso disciplinario que hasta la fecha se esté tramitando ante esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria conforme con los datos que usted suministró” (fl. 463).

(iii) Oficio del 20 de julio de 2015, suscrito por el Director Jurídico del Partido de la “U”, por medio del cual manifiesta que anexa “...una carpeta de 686 folios la documentación acorde (sic) el orden por ustedes sugerido. Respecto al punto 4º se indica que estamos a la espera que el Consejo de Ética remita los antecedentes. Se adjuntan igualmente dos (2) CD que contienen la información de las hojas de vida de los candidatos y el Estatuto Partidario” (fl. 469 y cdno. 1 p.).

(iv) Oficio No. CGS 2848-YMC de 28 de julio de 2015, suscrito por la Coordinadora Grupo SIRI de la Procuraduría General de la Nación en el que se informa: “... que al revisar los datos biográficos en el sistema de información SIRI, se encontró que Alexander Vega Rocha registra la siguiente anotación por antecedente disciplinario, el cual se encuentra ya cancelado: SIRI: 100087192, Módulo: disciplinario, Sancionado: Alexander Vega Rocha, Proceso: 1421598622007, Fecha Ejecutoria: 12/03/2012, Anotación: Cancelado, Fecha Autoridad 1ª Instancia: 31/08/2011, Autoridad 1ª Instancia: Procurador Primero Distrital de Bogotá” (fl. 482).

(v) Oficio del 29 de julio de 2015, suscrito por el Director Jurídico del Partido de la “U”, según el cual “... dando alcance a nuestra comunicación del 18 de julio de 2015⁹, indicando que respecto al punto 4º pendiente, el Secretario del Consejo de Ética ha informado que ‘el CNDCE del partido no recibió reclamación alguna en medio documental de ningún candidato que aspiraba a la (sic), solo la información complementaria que se les permitió aportar, conforme lo dispuesto por la Bancada, como lo podrá observar más ampliamente en la pg. 3 párrafo I del segundo informe rendido por el órgano ético y la veeduría de la colectividad de fecha 26 de agosto de 2014” (fl. 484).

(vi) Oficio SDSFSCC No. 0565 de 29 de julio de 2015 de la Subdirectora Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana de Cundinamarca, quien informa que “... frente al tema del proceso electoral en contra del señor Alexander Vega Rocha, con gusto me permito comunicarle que una vez consolidados los sistemas (SPOA y SIJUF), se encontró un único registro en contra del señor VEGA ROCHA, relacionado con el proceso No. 41076, por el delito de prevaricato, con inhibitorio del 26 de julio de 2007¹⁰, y que se adelantó en la Fiscalía 01 Seccional

de Zipaquirá” (fl. 492). Esta misma información fue ratificada, mediante Oficio DSC 000915 de 5 de agosto de 2015, por parte del Director Seccional de Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación (fl. 497).

(vii) Oficio SGE-SG-1000-2015 de 7 de julio de 2015 (fls. 536-538), por medio del cual el Secretario General del Senado de la República allegó los documentos requeridos para la convocatoria, postulación y elección del doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** como magistrado del Consejo Nacional Electoral, a saber:

- Acta de la Convocatoria de inscripción de Magistrados del Consejo Nacional Electoral, periodo 2014-2018, en la cual se relacionan los nombres de los postulados, para ocupar estos cargos, por los Partidos Políticos con representación en el Congreso de la República (fls. 539-540).

- Ordenes del día para la sesión del Congreso en Pleno del 27 y 28 de agosto de 2014, “... teniendo como tercer punto del mismo la postulación y elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, periodo 2014-2018...” (fls. 541 y 542).

- Copia de los oficios remitidos por los partidos políticos con representación en el Congreso de la República, postulando sus respectivos candidatos para la elección de magistrados del Consejo Nacional Electoral (fls. 543-551).

- Acta No. 2 de 26 de agosto de 2014, en la cual consta que, en la fecha, se reunieron de manera conjunta los miembros de la Comisión de Acreditación Documental, (Senado y Cámara de Representantes), con el fin de revisar los documentos que acreditan las calidades de quienes fueron postulados para magistrados del Consejo Nacional Electoral (fls. 552-555).

- Informe de las Comisiones de Acreditación Documental (Senado de la República y Cámara de Representantes), que reunidas de manera conjunta, procedieron a dictaminar sobre los documentos allegados por los distintos partidos políticos y coaliciones (fls. 556 al 563).

(viii) Oficio No. PPD-707 de 9 de septiembre de 2015 (fls. 617-619), mediante el cual la Secretaria de la Procuraduría Primera Distrital para la Vigilancia Administrativa informó que en esa dependencia se tramitaron dos procesos disciplinarios contra el doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, así:

- No. IUS 2007-107356: “los hechos investigados hacen relación a que el Personero Municipal de Chía presentó, ante el Concejo Municipal, un proyecto de acuerdo a través del cual se planteaba la reforma de la Personería Municipal de Chía el cual, luego de estudio de la corporación, fue aprobado en noviembre de ese mismo año, convirtiéndose en el Acuerdo No. 06”.

⁹ En realidad, corresponde al 20 de julio de 2015, ver folio 469.

¹⁰ Realmente, corresponde al 2009 como puede verificarse a folios 498 al 500.

- Asimismo, comunicó que dicho proceso concluyó con fallo de segunda instancia de 15 de febrero de 2012¹¹, mediante el cual se sancionó a los disciplinados, entre ellos al doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, con suspensión en el ejercicio del cargo por cuatro meses e inhabilidad especial por el mismo término.

- No. IUS 2007-243894: *“la actuación tuvo origen en la queja presentada por el señor Jairo Enrique Díaz quien solicitó se investigaran diferentes inconsistencias que, según él, se venían presentando en el municipio de Chía a través de la Personería Municipal. Al parecer frecuentes incumplimientos de las funciones...”*.

- En este proceso, se dictó auto de archivo que fue apelado por el quejoso y confirmado por la Procuraduría Delegada Segunda para Vigilancia Administrativa.

(ix) Oficio No. U 03/F 254 de 9 de septiembre de 2015 del Fiscal 254 Delegado, en el que informó: *“...revisado el caso de la referencia se observa que se trata de una indagación por un delito de calumnia, por hechos ocurridos el 4 de julio de 2012 a través del canal RCN de televisión, siendo víctima el magistrado del Consejo Nacional Electoral doctor Marco Emilio Hincapié Ramírez e iniciado por el doctor Andrés Felipe Guerra Hoyos, Diputado de la Asamblea de Antioquia. || Actualmente el caso continúa en estado de indagación y recepción de pruebas, no se ha emitido decisión de fondo ni se ha realizado audiencia judicial alguna...”* (fl. 686).

(x). Oficio de 28 de agosto de 2015 del Representante Legal del Partido de la “U”, por medio del cual allega los siguientes documentos:

- Informe de Acreditación Documental y Estudio de las hojas de vida de los postulados para magistrados del Consejo Nacional Electoral, proveniente del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U” y emitido el 13 de agosto de 2014.
- Informe del estudio de hojas de vida de postulados a candidatos para magistrados del Consejo Nacional Electoral, proveniente del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U” y emitido el 26 de agosto de 2014.
- Certificado expedido por el Secretario Técnico del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético del Partido de la “U”, en el que manifiesta que los anteriores documentos son fiel copia de los originales, que se encuentran en el archivo documental de la “U” (fls. 705-717).

(xi) Oficio DSC No. 01249 de 7 de octubre de 2015, por medio del cual el Director Seccional Cundinamarca de la Fiscalía General de la Nación precisó que contra el doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** *“... se adelantó una investigación preliminar,*

bajo el procedimiento de la Ley 600 de 2000, con radicado 41076, por el presunto delito de prevaricato por acción, la cual fue conocida por la Fiscalía 01 Delegada de ante los Jueces Penales del Circuito de Zipaquirá y fallada con resolución inhibitoria desde el pasado 26 de junio de 2009. || Los hechos por los cuales se adelantó la investigación referida, tiene que ver con la denuncia que se interpusiera en contra del entonces personero del municipio de Chía - Cundinamarca, Alexander Vega Rocha, el cual, de acuerdo con la denuncia, extralimitó las funciones propias de su cargo, al anunciar un fallo dentro de una investigación disciplinaria que el adelantaba, cuando esta, no había sido proferida materialmente dentro del proceso” (fls. 727 al 731).

(xii) Oficio del 21 de octubre de 2015, de la Dirección Jurídica del Partido de la “U”, con el que se allega la siguiente documentación del Consejo de Ética:

- *“...presentados por el candidato doctor Alexander Vega Rocha con ocasión de la convocatoria pública, dicho candidato presentó sus documentos dentro de la oportunidad y término establecido; igualmente con fundamento en la decisión adoptada por la Bancada de Congresistas, la cual implicó se solicitase a los candidatos la oportunidad de aportar nuevamente documentos de acreditación de cumplimiento de requisitos, el doctor Vega Rocha presentó los documentos pertinentes con motivo de este nuevo espacio de arrimo de documentos”*.

- En lo demás, recordó que, con ocasión de la medida provisional dictada en la acción de tutela¹² ejercida por el doctor Vega Rocha, se ordenó a ese partido incluirlo en la lista de candidatos para ser Magistrado del Consejo Nacional Electoral.

- Los remitidos por el Secretario General del Partido al Congreso de la República, relacionados con el cumplimiento de requisitos del doctor **VEGA ROCHA** (fls. 743 al 811).

(xiii) Oficio No. SBT-3903 de 21 de octubre de 2015, por el cual el Oficial Mayor (e) del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B” remitió, en la calidad de préstamo, el expediente de tutela No. 25000-23-42-000-2014-03511-00, de **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** contra el Partido de la Unidad Nacional (fl. 812). Una vez consultado se advierte:

- A folio 73, obra auto de 25 de agosto de 2014, por medio de cual se admitió la acción constitucional, se ordenó su notificación y, como medida cautelar, se ordenó al Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética y al Veedor del Partido Social de la Unión Nacional –Partido de la U– *“... incluir el nombre del señor Alexander Vega Rocha (...) en la lista de admitidos como candidato a la magistratura del Consejo Nacional Electoral”*, como fundamento de esa

11 Que obra a folios 620 a 675.

12 Rad. No. 2014-3511.

decisión el Despacho Ponente expuso:

“... de las pruebas que obran en el expediente, observa el despacho, que el hecho generador de la vulneración de los derechos constitucionales tienen su génesis, en las decisiones del Consejo Nacional Electoral Disciplinario y de Control de Ética del Partido Social de la Unidad Nacional –Partido de la U– y el Veedor Nacional del Partido de la U, contenida en los oficios del 13 de agosto de 2014 y 19 del mismo mes y año, mediante los cuales, se tuvo como no acreditados los requisitos, específicamente la experiencia, del señor Alexánder Vega Rocha, como candidato a la magistratura del Consejo Nacional Electoral, adicionalmente, indica que ‘registra una sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de función por un término de cuatro (4) meses, la cual así baya finalizado el 13 de julio de 2012, es un antecedente que se recomienda tener en cuenta al momento de la elección’; sin embargo, el referido señor aportó declaración extraproceso, rendida el 19 de agosto de 2014, que bajo la gravedad del juramento que: ‘Ejerce como abogado con tarjeta profesional número 125.255 del Consejo Superior de la Judicatura, desde septiembre del año dos mil tres (2003) que ocupé el cargo de Personero Municipal de Cbía entre las fechas primero de marzo de dos mil cuatro (2004) al veintiocho de febrero de dos mil ocho (2008), Coordinador de Asuntos Electorales del Distrito Capital desde el veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008) al veintiuno (21) de noviembre del año dos mil ocho (7 meses) y en la actualidad como Abogado Litigante ante el Consejo de Estado, Corte Constitucional y Tribunales Administrativos desde el dos (2) de marzo de dos mil ocho a la fecha. Adscrito a la oficina de la sociedad Rodrigo Escobar Gil Consultores S.A.S., a partir del cinco (5) de dos mil nueve (2009), certificando una experiencia de diez (10), diez (10) (sic) meses y trece (13) días’ y allega unos folios de consulta de actuaciones procesales que dan cuenta de su labor de litigante, lo que acredita de acuerdo al principio de prueba escrita que reúne el requisito de los diez años exigidos para la postulación como candidato del Consejo Nacional Electoral. Además, los documentos visibles en los folios 46, 47, 48 contentivo del certificado de antecedentes disciplinarios de abogados, disciplinarios en general y antecedentes penales, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria- el Ministerio de Defensa –Policía Nacional- y la Procuraduría General de la Nación, dan cuenta que el señor Alexánder Vega Rocha, no registra antecedentes, disciplinarios ni penales.

Adicionalmente, sabido es que el próximo 26 de agosto de 2014, el Congreso de la República, está convocado para la elección de los Magistrados del

Consejo Nacional Electoral, razón por la cual se hace inminente y necesario adoptar como medida cautelar, la orden en el sentido de que se incluya el nombre del señor Alexánder Vega Rocha, en la lista de candidatos admitidos a la magistratura del Consejo Nacional Electoral, por el Partido Social de la Unidad Nacional –partido de la U–.

- Mediante fallo de primera instancia, de 4 de septiembre de 2014, el Tribunal declaró la ocurrencia la carencia actual de objeto por hecho superado, “... *habida cuenta que el nombre del señor Alexánder Vega Rocha, fue incluido en la lista de admitidos como candidatos a la magistratura del Consejo Nacional Electoral, y su nombre fue sometido a consideración en el Congreso de la República, obteniendo 31 votos, lo que quiere decir que la razón que motivó la acción de tutela se encuentra modificada en favor del accionante*” (fls. 624-260 t.).
- Mediante sentencia de 22 de octubre de 2014, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, confirmó la decisión del *a quo*, arguyendo: “... *nótese que como lo advirtió el Juzgado¹³ de primera instancia, que el aspirante Alexánder Vega Rocha cumplió con cada uno de los requisitos exigidos para aspirar al cargo de Magistrado del Consejo Nacional Electoral y en ese orden de ideas, al cumplir las exigencias para ello, resulta inocuo vincular a cualquier otro aspirante que pretenda ser tenido como candidato para el cargo de magistrado...*” (fls. 328-350 t.). Dicha providencia no fue Seleccionada para revisión por la Corte Constitucional (fl. 362 t.)

(xiv) En el cuaderno de pruebas reposa la siguiente documentación:

- Resolución No. 028 de 30 de julio de 2014 “*Por la cual se reglamenta el procedimiento para la selección de los candidatos del partido social de unidad nacional ‘Partido de la U’ al Consejo Nacional Electoral*” (fls. 1-4 c. p.).
- Hoja de vida y anexos de los aspirantes a magistrados del Consejo Nacional Electoral Carlos Antonio Coronel Hernández, Ciro José Muñoz Oñate, Miguel Hugo Miranda Nieto, Luis Bernardo Franco Ramírez, Tarquino Pacheco Camargo, Eduardo José Galvis Ursprung, Liliana Cardona Chagui, Astrid Sánchez Montes de Oca (fls. 6-441 c. p.).

(xv) En el mismo cuaderno de pruebas, reposa la hoja de vida de Alexánder Vega Rocha, aspirante al cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral (fls. 446-452 c. p.), junto con sus anexos, así:

- Postulación como candidato dirigida al Presidente, al Secretario General, al Consejo Nacional Disciplinario y de

¹³ Se refiere al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”

- Control de Ética del Partido de la "U" (fl. 445 c. p.).
- Copia de su cédula de ciudadanía (fl. 453 c. p.).
- Copia de su tarjeta profesional de abogado (fl. 454 c. p.)¹⁴.
- Certificado de antecedentes disciplinarios expedido por el Consejo Superior de la Judicatura del 6 de agosto de 2014, según el cual "no aparece sanción disciplinaria alguna contra el doctor Alexander Vega Rocha" (fl. 455 c. p.).
- Certificado de antecedentes y requerimientos judiciales del 6 de agosto de 2014, según el cual "Vega Rocha Alexander no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales" (fl. 456 c. p.).
- Certificado de antecedentes disciplinarios del 11 de agosto de 2014 (fl. 457 c. p.), emitido por la Procuraduría General de la Nación, según el cual, "consultado el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades el señor Alexander Vega Rocha, registra las siguientes anotaciones:

Sanción	Término	Fecha fin inhabilidad	Clase sanción	Entidad
Inhabilidad especial	4 meses	13/07/2012	Principal	Personería Municipal de Chía, Chía Cundinamarca
Suspensión num. 2 art. 44	4 meses		Principal	Personería Municipal de Chía, Chía Cundinamarca

Instancia	Autoridad	Fecha providencia	Fecha efectos jurídicos
Primera	Procurador Primero Distrital de Bogotá	31/08/2011	14/03/2012
Segunda	Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa	15/02/2012	14/03/2012

- Certificado de antecedentes disciplinarios del 6 de agosto de 2014 (fl. 458 c. p.), emitido por la Procuraduría General de la Nación, según el cual, "consultado el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades el señor Alexander Vega Rocha, registra las siguientes anotaciones:

Sanción	Término	Fecha fin inhabilidad	Clase sanción	Entidad
Inhabilidad especial	4 meses	13/07/2012	Principal	Personería Municipal de Chía, Chía Cundinamarca
Suspensión num. 2 art. 44	4 meses		Principal	Personería Municipal de Chía, Chía Cundinamarca

Instancia	Autoridad	Fecha providencia	Fecha efectos jurídicos
Primera	Procurador Primero Distrital de Bogotá	31/08/2011	14/03/2012
Segunda	Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa	15/02/2012	14/03/2012

- Certificado expedido por la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, según la cual, "consultado el Sistema de Información del Boletín de Responsables Fiscales (SIBOR), hoy miércoles 6 de agosto de 2014 el número de identificación, relacionado a continuación no se encuentra reportado como responsable fiscal" (fl. 459 c. p.).
- Copia del acta de grado de abogado expedida por la Universidad Libre de Colombia suscrita el 26 de septiembre de 2003 (fl. 460 c. p.).
- Copia del diploma de la Escuela Superior de Administración Pública, según el cual al señor Alexander Vega Rocha se le confirió el título de Especialista en Alta Dirección del Estado (fl. 461 c. p.).
- Certificación de que ALEXÁNDER VEGA ROCHA puede ejercer la función de conciliador en derecho (fl. 462 c. p.).

14 Folio 454 Cuaderno de pruebas.

- Certificación suscrita por la Secretaria General del Concejo Municipal de Chía, según la cual **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** “fue elegido como Personero Municipal el día 10 de enero de 2004, como consta en el Acta 02 de 2004” (fl. 463 c. p.).
 - Copia de “mención de reconocimiento al doctor **Alexánder Vega Rocha**” otorgada por el Senado de la República (fl. 465 c. p.).
 - Ratificación de la información consignada en el extracto de hoja de vida el 6 de agosto de 2014 y sus soportes documentales, suscrita por **Alexánder Vega Rocha** y dirigida al Consejo Nacional Disciplinario y de Control de Ética al Veedor Nacional del Partido de la “U” (fls. 467-468 c. p.).
 - Certificación, sin fecha, suscrita por **Rodrigo Escobar Gil**, con la cual acredita, “...en relación con el doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** (...) que lo he conocido en el ejercicio profesional por más de diez años y que ha estado adscrito y ejerciendo como abogado consultor y litigante en asuntos propios de la firma de abogados que represento, desde el día 5 de abril de 2009 hasta el 5 de agosto del presente año, con buen crédito y responsabilidad” (fls. 469-472 c. p.).
 - Declaración Juramentada ante el Notario 29 de Bogotá, que data del 19 de agosto de 2014, en la que el señor **Luis Alfredo Macías Mesa** expresa: “que conozco al señor **Alexánder Vega Rocha** (...) en el ejercicio de la profesión de abogado desde hace más de 10 años. En dicho ejercicio se ha desempeñado como personero del Municipio de Chía y como abogado Litigante” (fl. 474 c. p.).
 - Declaración Juramentada ante el Notario 28 de Bogotá, que data del 19 de agosto de 2014, en la que el señor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** declara que:
 - “(...) ejerzo como abogado con Tarjeta Profesional número 125.255 del Consejo Superior de la Judicatura, desde septiembre del año dos mil tres (2003) que ocupé el cargo de Personero Municipal de Chía entre las fechas primero de marzo de dos mil cuatro (2004) al veintiocho de febrero de dos mil ocho (2008), Coordinador de Asuntos Electorales del Distrito Capital desde el veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008) al veintiuno (21) de noviembre del año dos mil ocho (7 meses) y en la actualidad como abogado litigante ante el Consejo de Estado, Corte Constitucional y Tribunales Administrativos desde el dos (2) de marzo de dos mil ocho (2008) a la fecha. Adscrito a la oficina de la Sociedad **Rodrigo Escobar Gil Consultores S.A.S.**, a partir del cinco (5) de abril del año dos mil nueve (2009), certificando una experiencia de diez (10) meses y trece (13) días” (fl. 475 c. p.).
 - Declaración Juramentada ante el Notario 28 de Bogotá, que data del 19 de agosto de 2014, en la que el señor **Milton Enrique Mora Mesa** declaró: “que conozco de vista, trato y comunicación desde hace más de veinte (20) años al señor **Alexánder Vega Rocha** (...) || Que por el conocimiento que tengo de él sé y me consta que es abogado titulado y a ejercicio de su profesión como abogado litigante y funcionario público por más de diez (10) (sic) profesión que ha ejercido con lealtad y buen crédito” (fl. 476 c. p.).
 - Copia del contrato de prestación de servicios No. 878 de 21 de mayo de 2008, suscrito entre el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Gobierno y **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, cuyo objeto era “...coordinar el desarrollo de las actividades relacionadas con el apoyo que la Secretaría Distrital de Gobierno debe prestar a los procesos electorales”; y su duración, era de 6 meses (fls. 480-487 c. p.).
 - Copia de la adición y prórroga del contrato de prestación de servicios No. 878 de 21 de mayo de 2008, suscrito entre el Distrito Capital - Secretaría Distrital de Gobierno y **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, por un mes (fl. 488 c. p.).
 - Certificación de la Directora de la Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia, según la cual “...el abogado **Alexánder Vega Rocha** (...) se encuentra inscrito en esta unidad con el número 125255 expedida el 10 de octubre de 2003 documento vigente a la fecha y que le acredita para ejercer la profesión de abogado...” (fl. 492 c. p.).
 - Certificado de antecedentes disciplinarios el 17 de agosto de 2014 (fl. 458 c. p.), emitido por la Procuraduría General de la Nación, según el cual, “consultado el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades el señor **Alexánder Vega Rocha** (...) NO REGISTRA SANCIONES NI INHABILIDADES VIGENTES” (fl. 496 c. p.).
 - “Consulta actuaciones procesales para un proceso/concepto/conflicto” del radicado No. 50001233100020070111401 que cursa en el Consejo de Estado (fls. 496-499 c. p.).
 - “Consulta actuaciones procesales para un proceso/concepto/conflicto” del radicado No. 11001032800020130001400 que cursa en el Consejo de Estado (fls. 501-502 c. p.).
 - “Consulta actuaciones procesales para un proceso/concepto/conflicto” del radicado No. 11001032800020120005900 que cursa en el Consejo de Estado (fl. 503-507 c. p.).
 - “Consulta actuaciones procesales para un proceso/concepto/conflicto” del radicado No. 47001233100020120001501 que cursa en el Consejo de Estado (fl. 508-509 c. p.).
 - “Consulta actuaciones procesales para un proceso/concepto/conflicto” del radicado No. 11001031500020090079000 que cursa en el Consejo de Estado (fl. 510-511 c. p.).
- (xvi) Otros documentos que reposan en el aludido cuaderno de pruebas, tal y como se sigue:

- “Informe [de] Acreditación Documental y Estudio Hojas de Vida de Postulados a Candidatos para Magistrados del Consejo Nacional Electoral”, dirigido a la Dirección Nacional – Bancada Congreso de la República – Partido de la “U”, suscrito por los miembros del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor del mismo Partido, que data del 13 de agosto de 2014, según el cual el “... candidato *Alexánder Vega Rocha* no acredita los diez años de experiencia y adicionalmente cabe informar que registra una sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de función por un término de 4 meses, la cual así haya finalizado el 13 de julio de 2012, es un antecedente que se recomienda tener en cuenta al momento de la elección” (fls. 413-517 c. p.).
- Comunicación de 26 de agosto de 2014 del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor del Partido de la “U”, dirigida al Directo Único de dicha colectividad, por medio de la cual reafirman su postura de que el doctor **VEGA ROCHA** no cumple con el requisito de 10 años de experiencia y explican que el “...pronunciamiento se hace en defensa de las declaraciones desobligantes e inapropiadas respecto de la labor desempeñada por los miembros que hacen parte de los órganos de control y como soporte a la acción de tutela instaurada por el señor Vega en contra de la Colectividad, el Consejo Disciplinario y Ético y el Veedor del Partido, la cual estimamos que es improcedente dado que una aspiración a una postulación no es un derecho adquirido menos sobre un acto que no es vinculante, y en consecuencia no se podrá endilgar un perjuicio irremediable” (fl. 519-523 c. p.).
- Oficio de 26 de agosto de 2014 del Secretario General del Partido de la “U”, con destino al Secretario General del Senado de la República, en el que se informa que “... dando alcance a la comunicación del pasado viernes 22 de agosto del año en curso, para indicar que según la votación interna del partido y habida cuenta de la medida cautelar del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los candidatos a Magistrados del Consejo Nacional Electoral por el Partido de la U...” son: Luis Bernardo Franco Ramírez y **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** (fl. 537 c. p.).
- Oficio de 22 de agosto de 2014 de la Secretaria General del Partido de la “U”, con destino al Secretario General del Senado de la República, por medio del cual se radican los documentos de los candidatos a magistrados del Consejo Nacional Electoral en representación del Partido de la “U”, en los cuales no se relaciona el nombre de **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** (fl. 538 c. p.).
- Oficio de 27 de agosto de 2014 del Secretario Técnico del Partido de la “U”, dirigido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, por medio del cual se hace entrega del Informe del Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor del Partido de la “U”, en relación con la verificación realizada a los documentos aportados por **ALEXÁNDER VEGA**

ROCHA, aspirante al cargo de Magistrado del Consejo Nacional Electoral (fls. 541-546 c. p.).

- Contestación del Partido de la “U” a la tutela presentada en su contra por el doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, con sus respectivos anexos (fls. 548-654 c. p.).
- Acta de escrutinio del Congreso de la República (sin firma), para la Elección de Candidatos a Magistrado del Consejo Nacional Electoral, en la que consta que el doctor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** obtuvo 31 votos y fue la segunda mayor votación, luego de Luis Bernardo Franco Ramírez (fl. 657 c. p.).
- Copia en medio magnético de los Estatutos del Partido de la “U” (fl. 686 c. p.).

2.4. Caso concreto

De acuerdo con los puntos de controversia establecidos en la fijación del litigio, procede la Sala a determinar si el acto de elección del señor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, como Magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018¹⁵, es nulo por recaer sobre un candidato incurso en la causal de inelegibilidad de falta de calidades constitucionales (art. 275.5 del CPACA) para acceder a tal dignidad, en este caso, previstas de manera armónica en los artículos 232 y 264 de la Constitución Política, en cuanto a la experiencia, con buen crédito, en el ejercicio de la profesión de abogado.

Para ello, resultará imperioso (i) recordar la importancia de la fijación del litigio en asuntos de esta naturaleza, para, inmediatamente, resolver cada uno de los cargos que, según quedó planteado en ella, sostienen los reparos efectuados por la parte demandante en contra del acto enjuiciado, esto es, (i) que el togado electo no cumple con la experiencia de 10 años en el ejercicio de la profesión, (ii) ni con el buen crédito que se predica de la misma.

Antes de abordar tales planteamientos, es menester precisar que el texto de los artículos 232 y 264 superiores, antes de ser modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, era del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 232. Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

(...).

4. Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

(...)

¹⁵ Contenido en las Gacetas del Congreso de la República No. 671 y 672 de 31 de octubre de 2014.

ARTÍCULO 264. *El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser reelegidos por una sola vez...*”.

Es importante hacer esta precisión, por cuanto fueron estos textos, así transcritos, los que definieron el proceso electoral de la presente controversia, por ser los vigentes en ese momento, ya que con la entrada en vigor de la mencionada reforma se hicieron más exigentes los requisitos para acceder al cargo, pero en virtud del principio-garantía de legalidad que rige nuestro Estado de Derecho son las normas vigentes al momento de emitirse el acto o de consolidarse la situación las que deben servir de marco para el análisis de constitucionalidad y legalidad que procede en el proceso de nulidad electoral.

2.4.1. Trascendencia de la fijación del litigio en los procesos electorales que se surten ante la jurisdicción contenciosa

La fijación del litigio constituye uno de los aspectos cruciales para el desarrollo del proceso, en la medida en que se erige como la carta de navegación o la hoja de ruta que habrá de seguirse a efectos de hallar solución a los problemas jurídicos que en ella se planteen. Es la oportunidad que tiene el juzgador de depurar el contexto fáctico y jurídico relevante para los sujetos procesales en contienda, sujetos estos que podrán a través del recurso de reposición buscar la mayor claridad en el evento en que consideren que el fijado por el Despacho se excede o se limita frente a lo pretendido. O, como lo señaló esta Sección en pretérita ocasión, al advertir que es el escenario en el que el juez contencioso puede, con claridad, “... *determinar cuáles son los hechos controvertidos y las censuras que se le endilgan al acto acusado...*”¹⁶.

Para ello, es menester que se extraigan los supuestos fácticos sobre los cuales existe acuerdo y aquellos sobre los que no. Aquellos no requerirán de refrendación probatoria, a menos que la ley determine lo contrario, pues, desde esta etapa procesal, es posible que se tengan por acreditados. De ahí que, tal circunstancia, a su vez, permita descartar la práctica de aquellas pruebas que, versando sobre tales puntos, hayan sido solicitadas por las partes o intervinientes, pues, bajo esa óptica, no resultan necesarias de cara al marco fáctico que se ha fijado. Ahora, más importante aún es el hecho de que el juez, como director del proceso y con la anuencia de las partes, determine

el alcance de las pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho que las sustentan, así como también de las excepciones a que hubiere lugar, a efectos de evitar desenlaces ambiguos del proceso, que conlleven un perjudicial degaste para la administración de justicia y para todos los sujetos procesales. Sobre este mismo particular, en providencia de 12 de marzo de 2015¹⁷, esta Sección indicó:

“Se resalta que la fijación del litigio, como figura novedosa del CPACA, consiste en un acto del juez encaminado a hacer más eficiente su labor en el sentido de concretar los hechos que deben ser probados así como aquellos puntos que son, en realidad, objeto de debate dentro del proceso contencioso.

Asimismo, también constituye una herramienta que delimita tanto las actuaciones del juez como de las partes, pues el proceso y, por consiguiente, la respectiva decisión judicial no podrá versar sobre aspectos que no hicieron expresa y puntualmente parte de tal fijación.

Bajo esta óptica, es claro que en dicho trámite procesal no solo se ubica o circunscribe el debate, sino que también se convierte en una garantía del debido proceso del demandado y de la entidad que produjo el acto de elección a fin de ejercer el correspondiente derecho de defensa y de contradicción respecto de los aspectos que efectivamente fueron objeto de fijación del litigio”

Por lo dicho, resulta cardinal que todos los involucrados, incluido el propio operador jurídico, sienten con claridad las bases de la discusión que se pretende desentrañar, ya que la pasividad frente a tan determinante aspecto, puede conducir a que se excluyan focos de controversia o, peor aún, que se cambie la orientación del debate o se permita la inclusión de nuevas razones en favor o en contra de la legalidad del acto acusado, con todo lo que ello implica.

No puede perderse de vista que, una vez concluida esta fase, difícilmente podrán las partes rencauzar la *litis*; mucho menos, si, por incuria o por cualquier otro motivo abyecto, dejaron de utilizar los medios de impugnación disponibles para exponer su desacuerdo con los problemas jurídicos en torno a los cuales, en lo sucesivo y de conformidad con el proveído que decidió sobre la fijación del litigio, habrá de gravitar el proceso.

A juicio de la Sala, dicha etapa procesal denota una esfera de concreción del principio de congruencia, que, a su vez, se traduce en un eje axial del debido proceso y de la justicia rogada como premisa ineludible dentro del ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual, desde luego, no escapa la justicia electoral.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Susana Buitrago Valencia, 27 de octubre de 2014, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00022-00.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Susana Buitrago Valencia, 12 de marzo de 2015, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00019-00.

De hecho, en esta sede, como en otras en las que se entretiera el goce de garantías superiores, se debe, sin sacrificar el derecho sustancial, manejar con mucho celo tal corrección formal – que es propia también de los principios de eventualidad y de contradicción, tan inherentes al debido proceso–, pues, en su seno, se ventilan divergencias que inciden en los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, así como a participar de la conformación, ejercicio y control del poder político, entre otros.

De ahí que la regla general sea que la decisión del juez – unipersonal o colegiado– con la cual se ponga fin al proceso, se circunscriba a los estrictos y precisos términos de la senda argumental previamente definida en la audiencia en la que se resolvió sobre la fijación del litigio; y la excepción a esta regla, como en otras oportunidades lo ha precisado esta Sección, es que le sea dable al juzgador, dentro de límites de proporcionalidad y racionalidad, exceder el marco fáctico y jurídico expresamente decantado desde esa etapa, aunque, dicho sea de paso, únicamente en circunstancias muy extraordinarias y solo para abordar aspectos que se desprendan, de manera clara y contundente, de aquella.

Al respecto, conviene recordar lo argumentado en la reciente sentencia de 15 de octubre de 2015¹⁸:

“En efecto, si la fijación del litigio se entiende como “un acto del juez encaminado a hacer más eficiente su labor de concretar los hechos probados y los puntos litigiosos”, en la medida en que las partes tuvieron la oportunidad de contradicción y refutación, no se puede alegar la violación del debido proceso, pues ello implicaría entender que la fijación del litigio más allá de depurar la controversia, se convierte en un límite o camisa de fuerza que tiene el funcionario judicial para pronunciarse sobre aspectos que fueron probados en las etapas ulteriores a la diligencia de fijación y que obviamente se desprenden de esta, abandonando su función de garante, entre otros, de los principios de justicia y prevalencia del interés general y el mantenimiento de un orden justo.

No puede olvidarse que el objeto del proceso contencioso, en los términos del artículo 103 del CPACA, es la efectividad de los derechos fundamentales y la eficacia de los principios constitucionales, entre ellos el de la justicia.

Por tanto, ha de entenderse que el juez de lo contencioso está facultado para pronunciarse sobre temas que si bien expresamente no quedaron enunciados en la diligencia de fijación del litigio, se desprenden de él de forma clara y razonable, pues no hacerlo implicaría un desconocimiento del objeto mismo del proceso contencioso administrativo”

Así, en esta oportunidad insiste la Sala en el valor de la fijación del litigio como plano de coordenadas imprescindible en el proceso, pero matizado por la verdad y la justicia como valores supremos en nuestro ordenamiento, así como por la protección de garantías *iusfundamentales* como inexcusable mandato para el juzgador, en cuanto, dado el caso, se advierta que de los planteamientos jurídicos concretados en aquella se deriven otros interrogantes, sin los cuales sea imposible destrabar la *litis*.

No sobra advertir que, de cualquier manera, es al juez, en su autonomía, mediante un ejercicio ponderado y razonado, al que le compete soportar o justificar la necesidad de adentrarse en tales cuestiones accesorias, y de esa manera trastocar el rigor del principio general de congruencia que reviste el pronunciamiento que de él se espera.

Lo anterior se explica en que, si bien a los distintos sujetos procesales, en principio, no les es dable anticipar con certeza el sentido del fallo, si resulta necesario que puedan, por lo menos, prever sus contenidos genéricos, ya que, de lo contrario, imperaría el desconcierto y la perplejidad en las actuaciones judiciales, al irrespetarse los parámetros mínimos de objetividad que demanda un debido proceso que, por demás, no es exclusivo de ninguna de las partes, sino que atañe a todos los implicados en la discusión.

De conformidad con tales precisiones, la Sala considera importante aclarar que, a pesar de que en el decurso del proceso se expusieron diferentes puntos de controversia, el presente proveído se limitara a resolver única y exclusivamente las cuestiones planteadas en el capítulo anterior, por ser las que determinaron el cauce de la contienda desde la fijación del litigio, sin que, como se advierte de las respectivas actas de este trámite contencioso, las partes o el Ministerio Público hubieran hecho uso del recurso previsto en el artículo 242 del CPACA, a efectos de manifestar su inconformidad con lo que allí se concretó, como, en su momento, lo informó la Consejera Ponente.

Por tal, no advirtiendo la Sala la imperiosa necesidad de abordar aspectos que excedan tales límites, procede a pronunciarse de conformidad con lo anunciado, tal como se sigue.

2.4.2. Cargo primero: respecto del requisito del ejercicio de la profesión de abogado por diez años

Considera el libelista que el doctor ALEXÁNDER VEGA ROCHA, para acceder a la dignidad en cuestión, no cumplía con los 10 años en el ejercicio de la profesión de abogado.

Antes de ahondar en ese reparo, para esta Sala, lo primero es recordar que, mediante las sentencias de 1º de octubre de 1992¹⁹ y del 18 de abril de 1997²⁰, el Consejo de Estado se encargó de definir y dar alcance al concepto de “*ejercicio de la profesión de abogado*”, así:

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Alberto Yepes Barreiro, 15 de octubre de 2015, rad. No. 11001-03-28-000-2014-00139-00.

19 Sección Quinta, Ard. 0676, actor: Héctor Rodríguez Cruz.

20 Sección Quinta, Rad. No. 1628, actor: Iván Darío Gómez Lee.

"El ejercicio de la profesión de abogado es una actividad que tradicionalmente, se ha entendido en los términos precisos de la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, o sea '... defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos e intereses de los litigantes, también en dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan', es decir, actuar en defensa de causas ajenas ante estrados judiciales, o emitir conceptos jurídicos.

Esta concepción tradicionalista por considerarse reducida y estrecha, como bien lo observó la Sala en sentencia del 1 de octubre de 1992 dictada en el expediente No. 0676, ha venido evolucionando bajo la perspectiva jurisprudencial, en la medida que el punto es materia de análisis, pues se encuentra que son muchas las actividades comprendidas en ese ejercicio que deben tenerse en cuenta para la acreditación del requisito constitucional, quedando relegado el concepto de vieja data que circunscribía al litigio.

La exigencia de haber ejercido con buen crédito la profesión de abogado por un lapso de diez (10) años, lo que en el fondo persigue, es que el elegido goce de una experiencia profesional adecuada en materia jurídica, que le permita desempeñar con acierto las funciones del respectivo cargo. Experiencia que se logra no solo actuando el abogado en representación de litigantes ante los estrados judiciales -criterio superado-, sino en otras: actividades donde el profesional del derecho ponga en práctica sus conocimientos académicos"²¹ (Negrillas de la Sala).

En la misma providencia en cita, luego de transcribirse los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 196 de 1971 "Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía" se arribó, entre otras, a las siguientes conclusiones: **i)** el ejercicio de la profesión de abogado no se restringe a la labor derivada del derecho de postulación en juicio, pues también le compete adelantar una función social que se puede desplegar en "...diversos campos en que actúe en razón de su profesión"; y **ii)** "el ejercicio de la abogacía se podrá comprobar con el desempeño habitual de cualesquiera actividades jurídicas, tanto independientes como subordinadas, en cargo público o privado".

Los anteriores argumentos se reafirmaron en la sentencia de 11 de mayo de 2001²², al señalar:

"...la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 24 de noviembre de 1.977, explicó que según tal

*disposición [artículo 21 del Decreto 250 de 1970] es ejercido de la profesión toda actividad jurídica independiente o dependiente, en cargo público o privado; que esta ampliación del concepto se ajusta a un criterio más racional y lógico y comprende un desenvolvimiento intelectual de mayores beneficios para la comunidad que el limitado al campo del litigio, de los procesos o de las contenciones ante la jurisdicción estatal; que hay otras actividades jurídicas que por su notoriedad intelectual relevaban la calidad de abogado, como son la investigación jurídica y las funciones académicas, o las de doctrinantes o tratadistas de derecho, que unidas al título de abogado corresponden a un recto ejercicio de la profesión y dan aptitud muy respetable para desempeñar un cargo superior en la Rama Judicial o en el Ministerio Público"*²³ (Negrillas fuera de texto).

En aplicación de lo anterior, la Corporación profirió sentencias en las que aceptó que el ejercicio de la profesión de abogado no se limitara al litigio o a la representación ante despachos judiciales. Prueba de ello es la sentencia de 29 de junio de 2001, en la que se aceptó que el cargo de coordinador o director de posgrados en un ente universitario, derivaba del ejercicio de la profesión de abogado. En tal sentido se precisó:

"El Diccionario de la Lengua Española define al catedrático como el 'profesor o profesora titular de una cátedra' o como 'persona que tiene cátedra para dar enseñanza en ella'²⁴. Por su parte, la cátedra es aquella 'aula en que se enseña una asignatura'. Esto significa que el ejercicio de cátedra universitaria debe entenderse únicamente como el desarrollo de la docencia en los centros de educación superior reconocidos por el Estado.

Ahora bien, los artículos 62 a 80 de la Ley 30 de 1992 distinguen entre el personal docente, las directivas y el personal administrativo de las universidades. En consecuencia, no todos los empleos en una Universidad pueden considerarse como desempeño de la cátedra universitaria, puesto que existen cargos que si bien no constituyen desarrollo de la docencia si contribuyen al logro de los objetivos y finalidades de los centros de educación superior, en los términos de los artículos 69 constitucional y 6º de la Ley 30 de 1992.

A su turno, lo anterior tampoco significa que todos los cargos desempeñados en una facultad, como la de Derecho, implica el desarrollo de conocimientos de la disciplina jurídica, pues es perfectamente posible encontrar labores administrativas o secretariales que, como es obvio, no pueden considerarse como ejercicio

21 Sentencia de 18 de abril de 1997.

22 Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. No. 2000-0036-01, actor: Asociación Nacional de Abogados litigantes y otros.

23 Gaceta Judicial, t. CLVI, núm. 2.396, pág. 358.

24 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición. 1992. Página 310.

profesional de abogado. Sin embargo, la Sala estima que el empleo de Coordinador y Director de Posgrados en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes exige que lo desempeñe un abogado, pues varias de las funciones implican la aplicación práctica de los conocimientos de la ciencia del derecho. En efecto, como se observa en las funciones que certificó ese centro educativo, en ese cargo se ejercen funciones administrativas, pero también exige la aplicación de conocimientos jurídicos para diseñar los programas académicos y para preparar los textos que sirven de guía a los estudiantes. Por lo tanto, la Sala sumará el tiempo que el doctor Cifuentes Muñoz se desempeñó como coordinador y Director de posgrados de Derecho de la Universidad de Los Andes, como ejercicio profesional de abogado” (Negrillas fuera de texto).

La misma Sección Quinta, en fallo de 12 de julio de 2001²⁵, recogió los anteriores pronunciamientos y destacó:

En suma, las actividades señaladas por los demandantes como no constitutivas de actividad profesional de abogados, al reconocerle ese carácter en forma excluyente a la actividad que desarrollan los abogados que actúan en representación de litigantes, participan de la común exigencia a quienes las ejerzan de acreditar la condición de ser abogados y si bien existen restricciones para el ejercicio conjunto de algunas de ellas, tales como el servicio a la administración pública o a la administración de justicia y la actividad de representante de litigantes, ello no significa que una o alguna de ellas no sean equiparables como ejercicio profesional de la abogacía.

La Sala concluye que, salvo norma expresa en contrario, para acreditar el ejercicio profesional requerido para acceder al cargo de magistrado del Consejo Superior de la Judicatura se pueden acumular las experiencias adquiridas en el ejercicio de la profesión, luego de la obtención del título de abogado, en el litigio, la asesoría o consultoría en forma independiente o subordinada, así como en el desempeño de cargos públicos o privados que impliquen el cumplimiento de actividades jurídicas en la forma prevista en la ley” (Negrillas fuera de texto).

Respecto del cumplimiento del requisito de ejercicio profesional de abogado para aspirantes a la magistratura en altas Cortes y en el Consejo Nacional Electoral, la Sección Quinta, en fallo de 24 de abril de 2008²⁶, reiteró la tesis expuesta con anterioridad, al afirmar:

25 Rad. No. 2000-0035-01, Actor: Carlos Ernesto Camargo Assís y otros, M. P. doctor: Reinaldo Chavarro Buriticá.

26 Rad. No. 2006-00175-01, Actor: Luis Francisco Silva León, M. P. doctor: Filemón Jiménez Ochoa

“...los empleos en el Ministerio Público o en la Rama Judicial a que se refiere el numeral 4 del artículo 232 Constitucional, no son los únicos que podrían acreditarse para cumplir con los requisitos señalados en los artículos 232 y 264 de la Constitución Política, para ocupar el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y por ende, del Consejo Nacional Electoral, porque el desempeño de otros empleos, tanto en el sector público como en el privado, que impliquen el desarrollo de actividades jurídicas, donde el profesional del derecho ponga en práctica sus conocimientos académicos, en los términos que la jurisprudencia ha definido, también permiten probar el ejercicio, con buen crédito, de la profesión de abogado, que bien puede haberse ejercido, como independiente o al servicio del estado”.

Desde entonces, lo expuesto sobre el ejercicio profesional no ha sido modificado, por el contrario, en sentencias de 10 de julio de 2009²⁷ y de 27 de junio de 2013²⁸ esta Sección y la misma Sala Plena de esta Corporación la han adoptado en su integridad.

Siguiendo esa línea, se destacan también las sentencias de 17 de octubre de 2013²⁹ y de 6 de agosto de 2014³⁰, en la cuales esta Sección describió la forma en la que la experiencia en el ejercicio profesional de abogado se podía acreditar mediante el ejercicio en diferentes cargos.

Aclarado el punto de derecho, la Sala procede a retomar los presupuestos concretos del asunto que, en esta oportunidad la convoca.

En efecto, en el *sub lite*, el demandante para concluir que hubo un incumplimiento del mencionado requisito de experiencia profesional se basó en los informes de evaluación presentados durante el trámite de postulación que se surtió al interior del Partido Social de Unidad Nacional, concretamente, por el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético de dicho colectivo, junto con su respectivo veedor.

Pues bien, en relación con el doctor VEGA ROCHA, del informe rendido por aquellos el 26 de agosto de 2014 (fl. 486), que fue aportado al proceso por el Director Jurídico del Partido, se lee:

“La experiencia profesional y documentos aportados por el aspirante son los siguientes:

-Personero en la Municipio de Chía desde el 1 de marzo de 2004 hasta el 28 de febrero de 2008.

27 Rad. Acum. Nos. 2008-0032-00 y 2008-0033-00, Actor: Ramiro Basili Colmenares y otro. M. P. doctor: Mauricio Torres Cuervo

28 Rad. No. 2012-00033-00, actor: José Luis García, M. P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

29 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 17 de octubre de 2013, rad No. 25000-23-24-000-2012-00870-01.

30 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 6 de agosto de 2014, rad No. 11001-03-28-000-2013-00021-00.

-Luego indica que suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales con la Secretaría de Gobierno, como no anexó el contrato completo se asumió por el principio de buena fe, que prestó servicios en virtud de ese contrato por 10 meses, por cuanto señaló en la hoja de vida que fue durante el 2008.

-Luego informa en la hoja de vida, sin acreditarlo, que desde el año 2010 hasta la fecha se desempeñó como abogado en la oficina de Rodrigo Escobar Gil Consultores S.A.S.

-Aporta un certificado de antecedentes disciplinarios especial No. 59758507 expedido por la Procuraduría en donde reportan una suspensión de 4 meses en el año 2012, fecha de efectos jurídicos 14 [de] marzo de 2012. Certificación emitida el 6 de agosto.

*En esos términos, la hoja de vida con la información allegada al Partido en la fecha límite, solo se puede constatar como **experiencia laboral, nueve (9) años y cinco (5) meses**, es decir, no cumplía los 10 años exigidos para poder ser aspirante al Honorable cargo de Magistrado del Consejo Nacional Electoral. Este hecho objetivo y soportado en la misma documentación aportada por el aspirante Vega, derivó en el informe negativo del postulante para aspirar a esa magistratura.*

*Con posterioridad, mediante correo electrónico de 19 de agosto el Secretario General solicita tanto al Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético como al Veedor, **que por decisión de la bancada conjunta se revise la documentación adicional que aportaron varios aspirantes, sobre los cuales el CNDCE y el Veedor manifestaron que no habían acreditado suficientemente los requisitos de militancia o experiencia profesional.** Lo anterior teniendo en cuenta la comunicación del 14 de los corrientes y la exposición de los candidatos ante la misma bancada en la que argumentaron que cumplían con los requisitos pero que aparentemente los documentos aportados no eran suficientemente claros.*

*Con fundamento en esa petición el CNDCE y el Veedor, revisaron la documentación aportada por el Dr. Vega Rocha, encontrando que la nueva documentación aportada no tenía como propósito aclarar la que reposaba en el expediente sino que se trataba de información complementaria o nueva, que no había sido aportada el día 6 de agosto, y que la misma generaba inconsistencias frente a la **información alegada inicialmente**, así:*

-El 6 de agosto, el propio Dr. Alexander Vega Rocha indica en la hoja de vida, sin acreditarlo, que desde el año 2010 hasta la fecha se desempeñó como abogado

en la oficina de Rodrigo Escobar Gil Consultores S.A.S., como la HV no precisa la fecha se asume que es desde enero de 2010 a agosto de 2014.

*-El 19 de agosto se entrega en la sesión convocada por el Secretario General, una nueva hoja de vida y **certificación laboral aportada por el señor Vega**, en la que se modifica la información adicional y aporta documentación nueva, señalando que **desde el 5 de abril de 2009 hasta el 5 de agosto de 2014, se desempeñó como abogado en la oficina de Rodrigo Escobar Gil**, es decir, que ingresó a trabajar un año antes (2009) al **inicialmente reportado (2010), acreditando ocho (8) meses nuevos de experiencia profesional, que no la señaló en su currículo inicial.***

-Aporta nuevo certificado de Antecedentes Disciplinarios No. 60205423 emitido el 17 de agosto, emitido por la Procuraduría, en donde ya no aparece ningún reporte de suspensión de 4 meses que consta [sic] No. 59758507 y reposa en el expediente, es verificable en el expediente que reposan los dos certificados de antecedentes disciplinarios.

Por esta razón, el Consejo Nacional Disciplinario y de Control Ético y el Veedor reiteran su postura el Secretario General en correo dirigido el día 20 de agosto, respecto a que el candidato no reúne los requisitos para aspirar al cargo de Magistrado del Consejo Nacional Electoral, debido a las inconsistencias en la información y documentos que reposan en el expediente..." (fl. 487-488) (Énfasis propio).

De ahí, es fácil verificar que la presunta falta de experiencia que acuña el demandante se hace derivar de la discusión que, aparentemente, existía en torno al ejercicio de la profesión de abogado por parte del doctor VEGA ROCHA, mientras estuvo vinculado a la oficina de abogados del doctor Rodrigo Escobar Gil.

Asimismo, se aprecia sin dificultad que el doctor VEGA ROCHA suministró una información en su hoja de vida, que no correspondía con exactitud a la certificación laboral que posteriormente aportó.

Luego, comoquiera que de tal análisis es que parte la censura del demandante, la Sala se relevará de evaluar los demás documentos mediante los cuales el togado en cuestión acreditó los años restantes de ejercicio de la profesión, pues, de cara a ese panorama, lo que interesa al *sub examine* es si ha de entenderse (i) que demostró apenas 9 años y 5 meses de experiencia, porque era válido para los postulantes del Partido "asumir" que laboró en la oficina del doctor Escobar Gil desde enero de 2010 hasta agosto de 2014, por lo inicialmente informado en la hoja de vida; o si, en cambio,

(ii) lo hizo entre abril de 2009 y agosto de 2014, como se extrae de la certificación laboral, cumpliendo, de esa manera, con los 10 años de experiencia que el numeral 4 del artículo 231 de la Constitución Política –en su literalidad anterior a la reforma– exige para acceder a la referida magistratura.

Para la Sala, la respuesta acertada no puede ser otra que la contenida en la segunda hipótesis, básicamente, por tres razones:

(i) la certificación fue aportada con la anuencia del Partido y por disposición de la “bancada conjunta”, como se acepta en el informe en anteriores líneas transcrito; (ii) no es el dicho del aspirante lo que permite demostrar su experiencia, sino los legítimos soportes documentales que objetivamente den fe de ella; y (iii) en razón de esto mismo, frente a las imprecisiones que existan entre ambas fuentes, debe preferirse la prueba del vínculo que proviene, en este caso, directamente del empleador.

Por otro lado, la Sala encuentra que, a pesar de obrar en el plenario (fls. 769 y 772), la certificación emitida por el doctor Rodrigo Escobar Gil nunca fue tachada de falsa, razón por la cual ni su contenido ni su validez se encuentran en entredicho y, por ende, no hay motivo para colegir que no se satisfizo el requisito del ejercicio de la profesión de abogado por los diez años que prescribe la Carta Política; y tampoco que la Comisión de Acreditación Documental del Congreso de la República errara al tener por cumplida tal exigencia frente al hoy magistrado del Consejo Nacional Electoral, según lo informan las actas de 26 de agosto de 2014 emitidas por dicho órgano (fls. 552-563).

Quizá, la única inconformidad que pudiera tenerse de la certificación laboral es la falta de una fecha visible en su encabezado o en cualquier otro espacio de su parte frontal. Sin embargo, esto tampoco constituye un problema, ya que, al respaldo de la misma, se mira con claridad que el doctor Escobar Gil autenticó su firma ante el Notario Diecinueve del Círculo de Bogotá el 12 de agosto de 2014, por lo que mal podría desconocerse tal elemento, cuando fue precisamente el funcionario constitucionalmente designado para ello, quien dio fe de la fecha en la que fue suscrito el mencionado documento.

Pero, sumado a los anteriores elementos de certeza frente a la prueba documental, al momento de la acreditación ante el Partido de la “U”, el demandado también aportó la declaración Juramentada ante el Notario 29 de Bogotá, que rindió el 19 de agosto de 2014, el señor **LUIS ALFREDO MACÍAS MESA** quien expresamente señaló que: “*que conozco al señor Alexander Vega Rocha (...) en el ejercicio de la profesión de abogado desde hace más de 10 años. En dicho ejercicio se ha desempeñado como personero del Municipio de Chía y como abogado Litigante*” (fl. 474 c. p.); así como la que el mismo **VEGA ROCHA** rindiera ante el Notario 28 de Bogotá el 19 de agosto de 2014 declaró: “*que ejerzo como abogado con Tarjeta Profesional número 125.255 del Consejo Superior de la*

Judicatura, desde septiembre del año dos mil tres (2003) que ocupé el cargo de Personero Municipal de Chía entre las fechas primero de marzo de dos mil cuatro (2004) al veintiocho de febrero de dos mil ocho (2008), Coordinador de Asuntos Electorales del Distrito Capital desde el veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008) al veintiuno (21) de noviembre del año dos mil ocho (7 meses) y en la actualidad como abogado litigante ante el Consejo de Estado, Corte Constitucional y Tribunales Administrativos desde el dos (2) de marzo de dos mil ocho (2008) a la fecha. Adscrito a la oficina de la Sociedad Rodrigo Escobar Gil Consultores S.A.S., a partir del cinco (5) de abril del año dos mil nueve (2009), certificando una experiencia de diez (10) meses (SIC) y trece (13) días” (fl. 475 c. p.); y la que rindiera el ciudadano **MILTON ENRIQUE MORA MESA**, quien ante el Notario 28 de Bogotá, bajo la gravedad del juramento, dijo el 19 de agosto de 2014: “*que conozco de vista, trato y comunicación desde hace más de veinte (20) años al señor Alexander Vega Rocha (...) || Que por el conocimiento que tengo de él sé y me consta que es abogado titulado y a ejercicio de su profesión como abogado litigante y funcionario público por más de diez (10) (sic) profesión que ha ejercido con lealtad y buen crédito*” (fl. 476 c. p.).

Manifestaciones estas que frente al trámite que se surtía al interior del Partido de la “U”, resultaban absolutamente válidas, no recibieron cuestionamiento alguno ni de la propia comisión de acreditación ni de los interesados en la contienda y, por ende, amparados en el principio de la buena fe merecían y merecen plena credibilidad, tal como lo ha manifestado de manera constante y reiterada la Corte Constitucional al advertir que:

“La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” (Sentencia C-1194/08).

En ese orden de ideas, es palmario para la Sección que el señor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA** cumplía de manera acreditada con las exigencias constitucionales para ser postulado por el Partido de la “U” como integrante de la lista de la que se elegiría magistrado del Consejo Nacional Electoral y, por ende, para ser elegido como tal, por lo que fuerza concluir que la formulación del cargo abordado en el presente acápite no tiene la entidad suficiente para derribar la presunción de legalidad que se erige en torno al acto de elección demandado y, por ende, tal censura no está llamada a prosperar.

2.4.3. Cargo segundo: respecto del buen crédito en el ejercicio de la profesión de abogado

El demandante reprocha también el acto de elección del doctor **VEGA ROCHA**, por considerar que el mencionado ciudadano

tampoco cumple con el requisito de haber ejercido la profesión de abogado con “buen crédito”, toda vez que del estudio realizado por el Partido Social de Unidad Nacional se evidenció que, en uno de los certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación aportados por aquel, se reportaba una inhabilidad especial de 4 meses en su contra por hechos ocurridos cuando era personero municipal de Chía. Asimismo, estimó quebrantada tal condición por las acusaciones realizadas públicamente por el señor Andrés Guerra Hoyos.

Pues bien, comoquiera que el reproche estriba en torno a la expresión “buen crédito”, antes de acometer su estudio, resulta oportuno referirse al alcance que esta Sección ha dado a dicha expresión.

Siendo congruentes con lo anunciado, conviene aclarar que, en principio, sin desarrollar una definición concreta sobre el requisito, la Sección lo había tenido por cumplido con base en declaraciones extra juicio y con la verificación de la ausencia de antecedentes penales y disciplinarios de los aspirantes a cargos sometidos a tal condición.

Así, a manera de ejemplo, en fallo de 12 de octubre de 2000³¹, en torno al particular, se aplicó el siguiente razonamiento:

“Asimismo se probó el buen crédito en el ejercicio profesional mediante las declaraciones extra proceso que reposan en el expediente 2374 (folio 18), y las certificaciones expedidas por la Procuraduría General de la Nación y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en las cuales consta que el doctor Coral Villota no ha sido sancionado (folios 123-124)”.

En similares términos se procedió en sentencia de 12 de junio de 2001³², cuando se indicó:

“Por otra parte, la Sala verifica que a folio 340 aparece certificado expedido por el secretario del Consejo Superior de la Judicatura donde consta que revisados los libros de antecedentes de dicha Corporación y los del Tribunal Disciplinario el doctor Ortega Narváez no ha sido sancionado disciplinariamente. Idéntica certificación aparece a folio 18 del expediente, expedida por la Procuraduría General de la Nación. Estos documentos públicos aducidos al proceso y no infirmados por ningún otro medio de prueba ni objetados por las demandantes constituyen, a juicio de la Sala, prueba suficiente de que el demandado ha ejercido su profesión de abogado con buen crédito”.

Sin embargo, no fue sino hasta el reciente pronunciamiento de 25 de junio de 2014³³ que la Sala se dio a la tarea de precisar con rigor el alcance del concepto jurídico indeterminado³⁴ contenido en la expresión, “buen crédito”, pues, hasta el momento, no había sido necesario abordarlo de forma separada de los demás elementos que definen el requisito prescrito por el numeral 4 del artículo 232 superior.

Por tal motivo, útil es citar, *in extenso*, algunos de los apartes más significativos de la providencia, en cuanto a la exigencia bajo examen se refiere, así:

“... el buen crédito no es una novedad de la Constitución de 1991, en cuanto exige que para alcanzar la dignidad de Magistrado de Alta Corte debe seleccionarse y designarse indudablemente a quien goce no solo de la experiencia simple y llana, sino que debe contar además con que tal trasegar profesional se halle libre de cualquier censura formal.

(...) el `buen crédito` exigido por el Constituyente como característica de la experiencia profesional que debe acreditar un abogado para acceder a la Alta Magistratura, es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado e individualizado de forma lejana y ajena a las apreciaciones personales, habida cuenta que para tal profesión se ha establecido una autoridad y un proceso a través del cual se puede determinar cómo ha sido su desempeño, sin que sea dable, para efecto de evaluar sus requisitos, remitirse a consideraciones subjetivas.

(...) para determinar si un agente se ha desempeñado con `buen crédito` en el ejercicio de su profesión u oficio, es necesario comparar su conducta frente a los parámetros objetivos de dicho comportamiento dentro de tal experticia. Así

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Reinaldo Chavarro Buriticá, 12 de octubre de 2000, rad. No. 2368 y 2374.

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Reinaldo Chavarro Buriticá, 12 de junio de 2001, rad. No. 11001-03-28-000-2000-0035-01(2436).

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 25 de junio de 2014, rad. No. 11001-03-28000-2013-00024-00.

34 Sobre esta temática y la forma en que debe abordarse véase entre otras la Sentencia C-910/12 en la que la Corte Constitucional señaló: “Con respecto a los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, este tribunal ha afirmado que su admisibilidad debe ser evaluada en cada caso particular, atendiendo a las siguientes pautas: (i) La indeterminación no puede ser examinada en abstracto, sino siempre en el contexto específico en el que se enmarca el respectivo concepto. La razón de ello es que como el derecho no es la simple sumatoria de palabras, sino que está conformada por normas que asumen la forma de reglas o principios, únicamente en función de estas normas se puede definir su legitimidad. Así, por ejemplo, la expresión “buenas costumbres” puede ser admisible en el contexto de un precepto concreto, pero no en otro distinto. (ii) El criterio para establecer la admisibilidad de un concepto indeterminado en un contexto particular es su incidencia e impacto en los principios y derechos constitucionales, de modo que cuando de su utilización se sigue una restricción injustificada de los mismos, se afecta su validez. (iii) Cuando la indeterminación del concepto puede ser superada y disuelta, de modo que a partir de los elementos de juicio que ofrece el propio ordenamiento jurídico se puede identificar y precisar el contenido, sentido y alcance del respectivo precepto, no se configura la inconstitucionalidad”.

las cosas, en el ejercicio del derecho como abogado, el buen crédito no depende del juicio subjetivo de quienes se desempeñan en o fuera de ella, sino de factores objetivos. La valoración del desempeño debe ser el resultado de apreciaciones basadas en juicios que deben ser fundamentados y probados a partir de realidades válidas y suficientes.

En nuestro país la Ley 1123 de 2007 contiene el código disciplinario de los abogados, encargándole a las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura, adelantar los procesos relacionados con faltas cometidas en ejercicio de la profesión (artículo 2). Para lo anterior, el estatuto, como ocurre en toda actuación sancionatoria, establece claramente las etapas, procedimientos y ritualidades que deben seguirse para determinar la responsabilidad o no del profesional disciplinado, garantizando siempre el debido proceso y demás derechos fundamentales del encartado.

Así, para efectos de determinar cuál ha sido el comportamiento profesional de un abogado en ejercicio, es imprescindible acudir a verificar sus antecedentes disciplinarios lo cual es certificado desde 1991 por el Consejo Superior de la Judicatura quien debe incluir las sanciones que este ha recibido dentro de los cinco años anteriores y en el evento de los aspirantes o designados a Magistrados de Alta Corte, dentro de los últimos diez años. Lo anterior en el entendido que, como quedó explicado, el `buen crédito` como calificativo en el ejercicio de la profesión de abogado corresponde a un concepto indeterminado o abierto que merece ser objetivizado e individualizado para el caso concreto, razonamiento que excluye cualquier comentario, percepción o imputación personal y requiere por el contrario un punto de anclaje y fundamentación real, objetivo, asible y comprobable a través de un estatuto deontológico que especifique los deberes, derechos, conductas cuestionables y sanciones propias de quien ejerce el oficio.

En consecuencia, para esta Sección la verificación del `buen crédito` en el ejercicio de la profesión de abogado no se encuentra librada al arbitrio de la apreciación de cada persona o de los medios de comunicación o de cualquier sector de opinión, pues por virtud del constituyente (artículo 256 numeral 3 C. P.) y del legislador (artículo 174 Código Disciplinario), debe acudirse a elementos objetivos, neutrales e imparciales que demuestren que ello es así.

Pero además de lo anterior, **para poder colegir el cumplimiento del `buen crédito`, se acude también**

a los antecedentes penales para estudiar si la persona no ha tenido condenas de esa naturaleza o ha sido procesado por delitos que impliquen una sanción”.

De lo dicho hasta ahora, queda claro que el “buen crédito” como condición de acceso a la alta magistratura no puede medirse en términos subjetivos, que devengan del arbitrio del operador de la norma, sino que deben estar delimitados por parámetros mínimos de objetividad, pero igualmente que no puede confundirse con la ausencia de antecedentes de algún orden por cuanto ello en sí mismo puede erigirse en una causal propia de inelegibilidad consagrada a la manera de inhabilidad.

Así, en cada caso concreto el análisis de los elementos objetivos deben llevar a colegir que un determinado profesional ha ejercido con buen crédito cuando el mismo ha estado libre de señalamientos, imputaciones, censuras públicas, privadas o sectoriales que hayan conducido a procesamientos éticos, disciplinarios o penales y que eventualmente –no necesariamente– hayan concluido con una sanción, siempre que la conducta por la que se ha generado tal imputación y eventual condena guarde relación con el ejercicio profesional.

En el caso objeto de juzgamiento se tiene que si bien el demandado ha sido sujeto de varias acciones disciplinarias la presunción de inocencia de su actuar no ha sido desvirtuada y las mismas no han tenido que ver con comportamientos antiéticos o de corrupción, sus procesamientos han radicado en presuntas interpretaciones a diversas normas (al punto que al final del proceso disciplinario se coligió una atipicidad de la conducta), que no resultando aberrantes o absurdas han descartado su incursión en faltas o delitos relacionados con el ejercicio de su profesión.

Dentro de ese contexto, procede la Sala a detallar y resolver las cuestiones propias de la censura enunciada en el vértice inicial del presente capítulo.

En lo que concierne a la existencia de antecedentes disciplinarios, al igual que en el acápite anterior, el libelista concreta su inconformidad en las presuntas inconsistencias advertidas por los órganos de postulación del Partido Social de Unidad Nacional.

El demandante recibe con sospecha el hecho de que, inicialmente, se hubiera aportado un certificado de antecedentes de la Procuraduría General de la Nación, fechado 6 de agosto de 2014, en el que se registraban las siguientes anotaciones:

Sanción	Término	Fecha fin inhabilidad	Clase sanción	Entidad
Inhabilidad especial	4 meses	13/07/2012	Principal	Personería Municipal de Chía, Chía Cundinamarca
Suspensión num. 2 art. 44	4 meses		Principal	Personería Municipal de Chía, Chía Cundinamarca

Instancia	Autoridad	Fecha providencia	Fecha efectos jurídicos
Primera	Procurador Primero Distrital de Bogotá	31/08/2011	14/03/2012
Segunda	Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa	15/02/2012	14/03/2012

Y que, con posterioridad, durante la fase de entrega de documentos de aclaración y comprobación, se hubiese aportado otro, de fecha 17 de agosto de 2014, en el que no figuraba ninguna anotación negativa, lo cual, finalmente, condujo a que el Congreso de la República, el 28 de agosto de esa misma anualidad, atendiera favorablemente su aspiración a la magistratura.

Pues bien, sea lo primero advertir que de las pruebas arrojadas al plenario se aprecia que el doctor **VEGA ROCHA** no presenta antecedentes de penas o sanciones reportadas en las bases de datos de ninguna de las demás entidades consultadas, por este hecho y sumado a que nada de ello ha sido objeto de controversia en el presente trámite contencioso, el estudio de la Sala se restringirá a determinar si la supuesta inconsistencia –en relación con los certificados de la Procuraduría General de la Nación– permite concluir que el referido togado carece del “*buen crédito*” que debe caracterizar la experiencia requerida para el cargo que en la actualidad ostenta.

En ese orden de ideas, a efectos de evitar equívocos en su lectura, oportuno es resaltar que el reporte visible en el cuadro plasmado en anteriores líneas, aunque descrito a través de varias celdas, corresponde en realidad una única sanción, que deviene del proceso disciplinario radicado con el No. IUS 2007-107356, tramitado en dos instancias.

Así lo corrobora el informe rendido por la Secretaría de la Procuraduría Primera Distrital para la Vigilancia Administrativa, mediante Oficio No. PPD-707 de 9 de septiembre de 2015 (fl. 617-619) y la decisión disciplinaria de segunda instancia adoptada el 15 de febrero de 2012 (fls. 621-675) que culminó con la inhabilidad de 4 meses allí reportada.

Ahora bien, el hecho de que el certificado de antecedentes disciplinarios fechado 17 de agosto de 2014 no diera cuenta de la existencia de antecedentes disciplinarios, no obedece a una condición caprichosa o a un artificio del aspirante para ser postulado por el partido de su militancia.

A folio 458 del cuaderno de pruebas, se mira dicho documento, y en él, la siguiente leyenda: “...consultado el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades el

señor Alexander Vega Rocha (...) NO REGISTRA SANCIONES NI INHABILIDADES VIGENTES...”.

Pues bien, la Sala encuentra debidamente sustentado que la variación entre un certificado de antecedentes y otro se debe al resultado del trámite de revocatoria directa incoado por el doctor **VEGA ROCHA** contra la sanción impuesta en el marco del proceso radicado con el No. IUS 2007-107356, que concluyó con decisión de 14 de agosto de 2014 (fls. 231-236), adoptada por el señor Procurador General de la Nación, por considerar que se le había sancionado por el incumplimiento de deberes consagrados en un estatuto jurídico que no era aplicable a los personeros municipales, y que fue del siguiente tenor:

“PRIMERO: REVOCAR el numeral noveno del fallo disciplinario de primera instancia de fecha 31 de agosto de 2011, proferido pro el Procurador Primero Distrital, dentro del proceso radicado con el No. IUC-142-159862-2007, mediante el cual se sancionó al señor Alexander Vega Rocha, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis meses y en su lugar se absuelve al mencionado investigado.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se modifica el ordinal tercero de la parte resolutive de la providencia de segunda instancia proferida por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en el sentido de precisar que los numerales objeto de modificación son los numerales primero a octavo.

TERCERO: Como consecuencia de lo decidido en los ordinales precedentes, cáncese la anotación de la sanción que por cuenta del proceso mencionado, figure en los archivos de la División de Registro y Control. Para ello, por la Secretaría de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, envíese copia del formulario de novedades a la mencionada dependencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE personalmente esta decisión al peticionario, por la Secretaría

de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno.

QUINTO: LÍBRENSE las comunicaciones de rigor y báganse las anotaciones del caso” (fl. 236-236 rev.) (Negrillas propias).

Entonces, claramente, nada obstaba para que, el 17 de agosto de 2014, el doctor VEGA ROCHA pudiera aportar al Partido la actualización de antecedentes disciplinarios, a través de una certificación carente del registro de la sanción que sus copartidarios postulantes echaron de menos, al evocar la arriada el 6 de agosto de 2015.

De hecho, por información suministrada a la Sala por la Coordinadora Grupo SIRI de ese órgano de control, en oficio de 28 de julio de 2015, se corrobora que “... la anotación bajo SIRI No. 100087192, proceso disciplinario No. 142159862-2007 se encuentra cancelad[a] [desde] el 15/08/2014 por revocatoria directa proferida por el Despacho del Procurador General de la Nación...” (fl. 48).

Por tal, nada más injusto sería pretender que el hoy magistrado del Consejo Nacional Electoral no pudiera acreditar la existencia de una situación que daba cuenta de la inexistencia de un antecedente disciplinario con el que se quería trancar su legítima aspiración de acceder al cargo público de su interés, pues se recuerda que un aspecto sustancial del debido proceso –al que tampoco pueden ser ajenos los partidos políticos– es la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

Pero, además del anterior aspecto absolutamente objetivo y verificable la censura, bajo este mismo cargo, también se ha dirigido a señalar que el señor VEGA ROCHA había sido objeto de señalamientos públicos por parte del señor ANDRÉS GUERRA HOYOS, quien en medios de comunicación masiva habría señalado que aquel le exigió una fuerte suma de dinero para lograr que el magistrado Marco Emilio Hincapié le asegurara a este una curul en el Senado de la República (fl. 6).

Tal hecho sin duda alguna constituye un comportamiento absolutamente censurable para cualquier profesional del derecho, desdice absolutamente de la ética, honestidad y buen crédito que debe acompañar su ejercicio profesional.

Sin embargo, en el trámite de la presente acción ello no quedó convertido más que en una elucubración del demandante pues ningún elemento objetivo se allegó para demostrarlo. Por el contrario, la única declaración que se trajo al proceso muestra que si bien el señor ANDRÉS GUERRA HOYOS hizo tal aseveración, NUNCA acudió a las autoridades para formular la denuncia que estaba en la obligación de presentar de haber sido cierto el hecho, por el contrario, el ex magistrado del Consejo Nacional Electoral a quien se involucró con tan grave sindicación, formuló denuncia penal en contra del

ciudadano Guerra Hoyos, cuando supo de sus manifestaciones calumniosas y este, luego de tanto tiempo, no ha comparecido a aportar pruebas del delito que irresponsablemente atribuyó al aquí demandado y al ex integrante de la autoridad electoral, como se pudo escuchar en el testimonio de este.

Así las cosas, queda demostrado que, previo al acto de elección en el Congreso de la República e, inclusive, antes de finiquitar el trámite de postulación al interior del partido, el doctor VEGA ROCHA, muy a pesar de lo sostenidos por sus órganos de verificación, acreditó el cumplimiento del ejercicio de la profesión con “buen crédito”, en los términos de la jurisprudencia de esta Sección, al no presentar el antecedente disciplinario que ahora, en sede contenciosa, se le pretende oponer.

Así, se reitera que el accionante no cumplió, ni someramente, con la carga probatoria requerida para sostener sus afirmaciones, habida cuenta que, para tal propósito, se limitó a aportar artículos de prensa que informaban sobre estas presuntas irregularidades.

Respecto del valor probatorio de las publicaciones periodísticas, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 29 de mayo de 2012³⁵, indicó:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental³⁶. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez³⁷.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, C. P. Susana Buitrago Valencia (e), 29 de mayo de 2012, Exp. No. 11001-03-15-000-2011-01378-00(PI).

³⁶ Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener“(…) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, Exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, AAD. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

³⁷ En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según radificaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso solo prueba

En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas ‘... son indicadores solo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia’, y que **si bien ‘...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen**³⁸.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, **en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.**

Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso.

En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que ‘...**las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial** porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...’ por cuanto es sabido que el periodista ‘... tiene el derecho de reservarse sus fuentes’.³⁹

En este sentido, ha sostenido que las declaraciones que terceros hacen a los medios de comunicación ‘... **tan solo constituyen evidencia de la existencia de la información (...)** por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas **deben ser ratificadas ante el juez**, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial...’⁴⁰.

Lo anterior, debido a que en sí mismas las publicaciones periodísticas representan ‘...la

versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso’, condición que no permite otorgarles valor de plena prueba debido a que ‘...son precisamente meras opiniones...’⁴¹

A esto se debe agregar lo resuelto también por la Sala Plena de la Corporación en la reciente sentencia de 14 de julio de 2015⁴², en el siguiente de ampliar la regla antedicha, así:

*“La regla expuesta será reiterada por la Sala Plena Contenciosa en esta ocasión, pero a partir de esta decisión, **aquella será complementada en estos dos eventos: i) cuando en dichos medios se reproducen hechos públicos y/o notorios y ii) cuando en ellos se reproducen declaraciones y/o manifestaciones de servidores públicos**, vgr: Congresistas, Presidente de la República, Ministros, Alcaldes, Gobernadores, etc.,*

Estas excepciones son las mismas que introdujo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia⁴³ y que en razón de su relevancia e importancia, serán acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso a partir de esta decisión

(...)

En el primer caso, es decir, frente a los hechos públicos y/o notorios, no requieren ser probados en los términos de los artículos 176 del Código de Procedimiento Civil y 167 del Código General del Proceso, razón por la que el registro noticioso servirá simplemente como una constatación gráfica de lo que es conocido por la comunidad.

(...)

En el caso de las declaraciones o manifestaciones de los servidores públicos divulgadas, reproducidas y/o transmitidas en los diferentes medios de comunicación, en razón de la investidura y de su posición en la sociedad, tendrán que ser desvirtuadas.

En otros términos, estos serán valorados conforme a las reglas previstas para las pruebas documentales. Por tanto, esas declaraciones o manifestaciones públicas, recogidas o registradas en diversos medios de comunicación darán fe de su contenido, sin

que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

38 Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

39 Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

40 Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 16587, M. P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Tercera.

41 Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 13338, M. P. Ricardo Hoyos Duque. Sección Tercera.

42 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P. Alberto Yepes Barreiro, 14 de julio de 2015, Exp. No. (SU)110010315000201400105-00.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra nota 24, párr. 146; Caso Fairen Garbí y Solís Corrales, de 15 de marzo de 1989, párr. 145. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, supra nota 44, párr. 25, Caso Garibaldi vs. Brasil, supra nota 32, párr. 70. Caso Radilla Pacheco Vs. Estado Unidos Mexicanos. Igualmente, Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia

perjuicio de su contradicción por parte de quien en su contra se aducen” (énfasis propio).

Así las cosas, los elementos de juicio traídos al proceso para convalidar el aserto referente a la supuesta injerencia del doctor **VEGA ROCHA** en una decisión del Consejo Nacional Electoral, en sí mismos, no podrían derrumbar el buen crédito proyectado por este en el ejercicio de su profesión de abogado, ya que ni siquiera fueron complementados con otros testimonios, pues el demandante no cumplió con la carga de hacerlo comparecer como se comprometió al pedir la prueba y al ser decretada su práctica.

Aunado a lo anterior, tampoco se observa que las notas periodísticas que sostienen la censura se puedan encuadrar dentro de las excepciones previstas por la Sala Plena el 15 de julio de 2015, habida cuenta que, ni la información que contienen constituye un hecho notorio, ni se alude a la declaración de un servidor público que en razón de su investidura y posición en la sociedad deban ser desvirtuadas.

De conformidad con lo explicado, deviene palmario que el cargo examinado en el presente acápite tampoco está llamado a prosperar, pues, a través de las razones que sostienen dicha censura, no es posible derruir la presunción de legalidad del acto electoral acusado, en cuanto a la supuesta ausencia del requisito de “buen crédito” en el ejercicio de la profesión de abogado por parte del hoy magistrado **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**.

2.4.4. Precisiones finales

Atendiendo los motivos desarrollados a lo largo del presente proveído, la Sala concluye que en el trámite del proceso no se demostró que el acto de elección del señor **ALEXÁNDER VEGA ROCHA**, como magistrado del Consejo Nacional Electoral para el período 2014-2018¹, fuera nulo por recaer sobre un candidato incurso en la causal de inelegibilidad de falta de las calidades constitucionales (art. 275.5 del CPACA) para acceder a tal dignidad, en este caso, las previstas de manera armónica en los artículos 232 y 264 de la Constitución Política, en cuanto a la experiencia, con buen crédito, en el ejercicio de la profesión de abogado durante diez años.

Finalmente, advierte la Sala que si bien se desestimó la excepción de cosa juzgada en relación con las decisiones de tutela que condujeron a la postulación del referido togado, esto se hizo bajo el entendido de que ello no obstaba para que se adentrara en el examen de legalidad del acto acusado, como lo fue el de elección de 28 de agosto de 2014, contenido en las Gacetas del Congreso de la República No. 671 y 672 de 31 de octubre de esa anualidad.

Sin embargo, ese examen de legalidad no podía tampoco ser ajeno a que fue un juez de la República quien, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien determinó que el doctor **VEGA ROCHA** fuera incluido en la lista de aspirantes, de la cual posteriormente resultó electo para la reputada magistratura. Por ello, mal podría acometerse un estudio para determinar el acierto del proceso de postulación; y mucho menos, para develar si las decisiones de tutela transgredieron la autonomía del partido, pues el medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del CPACA no fue instituido para tal fin, y ello por supuesto no se encuentra dentro de los límites fijados en el litigio.

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

FALLA:

Primero: Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo: Notificar a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

Tercero: Archivar el expediente una vez quede en firme el fallo.

Cuarto: Advertir que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta
Rocío Araújo Oñate
Carlos Enrique Moreno Rubio
Alberto Yepes Barreiro

¹ Contenido en las Gacetas del Congreso de la República No. 671 y 672 de 31 de octubre de 2014.

2.2. NULIDAD - AUTOS

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Rechazo de la demanda por no corregir / RECHAZO DE LA DEMANDA - Por no subsanarla

Mediante auto del 14 de junio de 2014, se inadmitió la demanda que el señor Diego Andrés García Niño presentó en contra de la elección del señor Gustavo Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC, período 2015-2018. Se le concedió un término de tres días para que corrigiera los citados defectos, que corrió entre el 20 y el 22 de mayo del presente año. -El 22 de mayo de 2015, el actor allegó a la Secretaría de la Sección escrito en el que manifestó lo siguiente: "Diego Andrés García, identificado como aparece al pie de mi firma, me permito solicitar la conversión de mi acción de simple nulidad contra la elección del Rector de la UPTC (con el radicado de la referencia) en coadyuvancia del proceso impetrado por la Dra. Astrid Castellanos y que cursa en su despacho bajo el número de radicado 11001-03-28-000-2014-00141-00. Lo anterior por cuanto cuando fui a radicar en la Sección Primera de la Corporación, en la ventanilla me dijeron que la competente era la Sección Quinta, pero a esta altura sabemos que es improcedente presentar la acción de nulidad electoral, que no era la que preveía, sino la de simple nulidad. Sin embargo, para no perder el esfuerzo del material probatorio anexado y las sustentaciones del cargo, solicito se me acepte como coadyuvante con el memorial y las pruebas aportadas. Por lo demás, la acción de simple nulidad quedaría inane de aprobarse la prohibición de todas las reelecciones en Colombia, acto legislativo que avanza con éxito en las Cámaras". De acuerdo con lo anterior, el Despacho verifica que si bien es la acción de nulidad electoral el medio idóneo para controvertir la legalidad de los actos de elección, que es lo que pretende el señor García Niño, es claro que en el presente caso el actor no subsanó la demanda en los términos que se le indicó en el auto del 14 de mayo de 2015, pues no señaló de forma clara y precisa en qué consisten las pretensiones de la demanda y cuáles son los actos que se demandan y que fue lo que decidió cada uno de ellos; ni formuló un concepto de la violación que contenga las razones y los argumentos jurídicos que la sustentan. Por tal razón, se dispondrá el rechazo de la presente demanda por no

haber sido subsanada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 276 del CPACA.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00009-00

Actor: Diego Andrés García Niño

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Se ocupa el despacho de decidir sobre el acatamiento o no a lo ordenado en el auto del 14 de mayo de 2015, mediante el cual se inadmitió la demanda de la referencia.

CONSIDERACIONES

Como se dijo, mediante auto del 14 de junio de 2014, se inadmitió la demanda que el señor Diego Andrés García Niño presentó en contra de la elección del señor Gustavo Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia - UPTC, período 2015-2018. En esa providencia se dijo lo siguiente:

"El actor deberá señalar de forma clara y precisa en qué consisten las pretensiones de la demanda. Esto es, debe determinar cuáles son los actos que se demandan y que fue lo que decidió cada uno de ellos.

Lo anterior puesto que dentro del contencioso electoral no pueden demandarse actos que se consideren como de trámite y que, por tanto, no contengan una decisión definitiva, pues, según tesis reiterada

de esta Corporación¹, no son susceptibles de control jurisdiccional.

En términos generales, en casos como el presente, la demanda se dirige únicamente contra el acto que declaró la elección.

Si bien dice formular un concepto de la violación, en realidad, el actor simplemente se limitó a citar las normas que, a su juicio, sustentan la presente demanda. En consecuencia, deberá formular un concepto de la violación que contenga las razones y los argumentos jurídicos que permitan al juez analizar de fondo el posible desconocimiento de dichas disposiciones normativas.

Se le concedió un término de tres días para que corrigiera los citados defectos, que corrió entre el 20 y el 22 de mayo del presente año.

El 22 de mayo de 2015, el actor allegó a la secretaría de la Sección escrita en el que manifestó lo siguiente:

“Diego Andrés García, identificado como aparece al pie de mi firma, me permito solicitar la conversión de mi acción de simple nulidad contra la elección del Rector de la UPTC (con el radicado de la referencia) en coadyuvancia del proceso impetrado por la Dra. Astrid Castellanos y que cursa en su despacho bajo el número de radicado 11001-03-28-000-2014-00141-00.

Lo anterior por cuanto cuando fui a radicar en la Sección Primera de la Corporación, en la ventanilla me dijeron que la competente era la Sección Quinta, pero a esta altura sabemos que es improcedente presentar la acción de nulidad electoral, que no era la que preveía, sino la de simple nulidad. Sin embargo, para no perder el esfuerzo del material probatorio anexado y las sustentaciones del cargo, solicito se me acepte como coadyuvante con el memorial y las pruebas aportadas. Por lo demás, la acción de simple nulidad quedaría inane de aprobarse la prohibición de todas las reelecciones en Colombia, acto legislativo que avanza con éxito en las Cámaras”.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho verifica que si bien es la acción de nulidad electoral el medio idóneo para controvertir la legalidad de los actos de elección, que es lo que pretende el señor García Niño, es claro que en el presente caso el actor no subsanó la demanda en los términos que se le indicó en el auto del 14 de mayo de 2015, pues no señaló de forma clara y precisa en qué consisten las pretensiones de la demanda y cuáles son los actos que se demandan y que fue lo que decidió cada uno de ellos; ni formuló un concepto de la violación que contenga las razones y los argumentos jurídicos que la sustentan.

Por tal razón, se dispondrá el rechazo de la presente demanda por no haber sido subsanada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 276 del CPACA.

Ahora bien, en la medida en que el actor solicitó que sea aceptado como coadyuvante dentro del proceso No. 11001-03-28-000-2014-00141-00. Demandante: Astrid Castellanos, se ordenará el desglose de la presente demanda junto con sus anexos a fin de que se alleguen al citado proceso para que el ponente decida lo pertinente.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

Rechazar la demanda de nulidad electoral No. 110010328000201500009-00, que presentó el señor Diego Andrés García Niño contra la elección del señor Gustavo Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC).

Segundo. Se **ordena** el desglose de la presente demanda junto con sus anexos a fin de que se alleguen al proceso No. 11001-03-28-000-2014-00141-00. Demandante: Astrid Castellanos, a fin de que el ponente decida lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

¹ Sobre el particular, entre otras ver, providencia del 7 de octubre de 2010, Consejo de Estado. Sección Quinta. M. P. María Nohemí Hernández P. Exp. 2010-0057-00.,

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Solicitud de coadyuvancia / COADYUVANCIA - Límite temporal de la actuación del coadyuvante / COADYUVANCIA - Procesos de nulidad de acto de contenido electoral / COADYUVANCIA - Rechazo de la solicitud por extemporaneidad

El coadyuvante por disposición legal, está restringido en su actuar por el límite de la conducta procesal de la parte procesal a la que ayuda, tanto así que no puede ejercer derecho de postulación en oposición con los de esta y no puede disponer del derecho en litigio, en atención a que no demanda en ejercicio propio ni frente a su derecho, sino en forma anexa o accesoria respecto de otro, lo cual restringe su margen de acción y le impide realizar actos procesales o formular postulaciones autónomas que dispongan del derecho o la situación en litigio. Pero además está sometido a los plazos y términos procesales que limitan a su coadyuvado y a los propios que el legislador ha previsto para los terceros como intervinientes en los diferentes medios de control ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, para las demandas de simple nulidad, en materia de coadyuvancias, el artículo 223 dispone: “En los procesos que se tramiten con ocasión de pretensiones de simple nulidad, desde la admisión de la demanda y hasta en la audiencia inicial, cualquier persona podrá pedir que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandado (...)”. Para los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, así también los terceros intervinientes pueden concurrir al proceso “desde la admisión de la demanda y hasta antes que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial (...)” –art. 224 ib–. Y para la demanda electoral, la norma en forma perentoria establece “(la) intervención solo se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial (...)”. De esas normas pretranscritas en los apartes pertinentes se evidencia que el término para intervenir como coadyuvante inicia desde la admisión de la demanda en todos los casos, en cambio se plantean diferencias sutiles en el límite máximo perentorio para presentar esa clase de postulación. Unos: hasta en la audiencia inicial (nulidad simple). Otros: hasta antes que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales).

Finalmente: hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial (nulidad electoral). Así las cosas, el legislador dio más amplitud a la intervención de terceros en la nulidad simple porque incluso dentro de la audiencia inicial puede presentarse la coadyuvancia; menos amplitud en los medios de control que contienen un derecho particular y concreto, solo hasta antes de que se fije la fecha de la audiencia inicial y dejó una amplitud media a la acción electoral que va hasta el día inmediatamente anterior a realizarse la audiencia inicial. Conclusión: Vistas esas breves generalidades, encuentra

el Despacho que para la presente demanda de nulidad del acto de contenido electoral, la solicitud de coadyuvancia de marras fue radicada el 5 de mayo de 2015, esto es, durante el término de traslado para alegar de conclusión que transcurrió entre el 29 de abril de 2015 y el 13 de mayo siguiente conforme se observa en el informe secretarial obrante a folio 430 cdno. ppal., siendo extemporánea su presentación, conforme a la normativa aplicable (art. 223 CPACA), razón por la cual habrá de rechazarse.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 223

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., quince (15) de mayo dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00100-00

Actor: Gloria Isaza

Demandado: Consejo Nacional Electoral

Encontrándose el expediente para fallo, un nutrido grupo de 146 Concejales de distintos municipios de Colombia presentó solicitud de coadyuvancia para apoyar la demanda con la que se pretende anular la Resolución 2525 de 9 de julio de 2014, mediante la cual el CNE declaró que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para el Parlamento Andino y se abstuvo de declarar la elección de los representantes del Colombia a dicho organismo, procede el Despacho a decidir previo el siguiente análisis.

I. SOLICITUD

- a. La intervención fue presentada el 5 de mayo de 2015 (fl. 431 cdno 1).
- b. El fundamento con el que se pretendió coadyuvar la demanda se basó en que constituye violación flagrante a la Constitución Política y a los Derechos Humanos transgredir los derechos políticos fundamentales (artículos 40 y 3 de la CP) de elegir y ser elegido por voluntad popular cuando ni la Constitución, ni la Ley 1157 de 2007 ni en el régimen electoral determinan que el voto en blanco haga viable repetir la elección de los representantes a un organismo de carácter internacional comunitario como es el Parlamento Andino.

II. CONSIDERACIONES

1. De la competencia para decidir

La Ley 1437 de 2011 modificó en forma importante la competencia del juez colegiado en materia de autos. Tradicionalmente, la situación procesal era más sencilla, dado que la regla general imponía que los autos de trámite eran

proferidos por el ponente y, los autos interlocutorios, los expedía la Sala.

Ahora, la generalidad cambió dejando a cargo del Magistrado la expedición tanto de los autos de trámite como los autos interlocutorios y, quedando a cargo de la Sala, únicamente los que deciden el recurso de súplica, el rechazo de la demanda, el decreto de medida cautelar, el que resuelve los incidentes de responsabilidad y de desacato en este mismo trámite, el que pone fin al proceso y el aprobatorio de conciliaciones extrajudiciales o judiciales.

De tal suerte, que el auto que niega la intervención de terceros, que otrora fuera interlocutorio que debía decidirse en Sala, ahora con la nueva normativa corresponde proferirlo al ponente en Sala Unitaria.

Habiendo hecho claridad en el punto, el Despacho procede a pronunciarse sobre la solicitud.

2. Del límite temporal de la actuación del coadyuvante

El coadyuvante por disposición legal, está restringido en su actuar por el límite de la conducta procesal de la parte procesal a la que ayuda, tanto así que no puede ejercer derecho de postulación en oposición con los de esta y no puede disponer del derecho en litigio, en atención a que no demanda en ejercicio propio ni frente a su derecho, sino en forma anexa o accesoria respecto de otro, lo cual restringe su margen de acción y le impide realizar actos procesales o formular postulaciones autónomas que dispongan del derecho o la situación en litigio¹.

Pero además está sometido a los plazos y términos procesales que limitan a su coadyuvado y a los propios que el legislador ha previsto para los terceros como intervinientes en los diferentes medios de control ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, para las demandas de simple nulidad, en materia de coadyuvancias, el artículo 223 dispone: “*En los procesos que se tramiten con ocasión de pretensiones de simple nulidad, desde la admisión de la demanda y hasta en la audiencia inicial, cualquier persona podrá pedir que se le tenga como coadyuvante del demandante o del demandado (...)*”.

Para los medios de control de nulidad y restablecimiento del

¹ Expediente 54001-23-31-000-2012-00001-03. Actor: Santiago Liñán Nariño. Demandado: Alcalde del Municipio de Cucuta. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, cuyas consideraciones en su generalidad son aplicables al este caso. En este se invocan los siguientes antecedentes: Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, C.P. Dra. María Elizabeth García González y de la Sección Quinta. M.P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 07001-23-31-000-2009-00034-01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del Departamento de Arauca y sentencia de 7 de marzo de 2011. EXP N° 110010328000201000006-00. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. En época más reciente la figura procesal fue estudiada en auto de la Consejera Ponente de Bogotá D.C., tres (3) de diciembre dos mil catorce (2014). Exp. 11001-03-28-000-2014-00031-00. Actor: Eduardo Quiroga Lozano. Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Arauca.

derecho, contractuales y de reparación directa, así también los terceros intervinientes pueden concurrir al proceso “*desde la admisión de la demanda y hasta antes que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial (...)*”. -art. 224 ib-.

Y para la demanda electoral, la norma en forma perentoria establece “(la) *intervención solo se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial (...)*”.

De esas normas pretranscritas en los apartes pertinentes se evidencia que el término para intervenir como coadyuvante inicia **desde la admisión de la demanda** en todos los casos, en cambio se plantean diferencias sutiles en el límite máximo perentorio para presentar esa clase de postulación.

- Unos: hasta **en la audiencia inicial** (nulidad simple).
- Otros: hasta **antes que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial** (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales).
- Finalmente: hasta **el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial** (nulidad electoral).

Así las cosas, el legislador dio más amplitud a la intervención de terceros en la nulidad simple porque incluso dentro de la audiencia inicial puede presentarse la coadyuvancia; menos amplitud en los medios de control que contienen un derecho particular y concreto, solo hasta antes de que se fije la fecha de la audiencia inicial y dejó una amplitud media a la acción electoral que va hasta el día inmediatamente anterior a realizarse la audiencia inicial.

3. Conclusión

Vistas esas breves generalidades, encuentra el Despacho que para la presente demanda de nulidad del acto de contenido electoral, la solicitud de coadyuvancia de marras fue radicada el **5 de mayo de 2015** (fl. 431), esto es, durante el término de traslado **para alegar de conclusión** que transcurrió entre el 29 de abril de 2015 y el 13 de mayo siguiente conforme se observa en el informe secretarial obrante a folio 430 cdno. ppal., siendo extemporánea su presentación, conforme a la normativa aplicable (art. 223 CPACA), razón por la cual habrá de rechazarse.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR POR EXTEMPORÁNEA la solicitud de intervención de terceros presentada por varios Concejales del país (en total 146) para coadyuvar la demanda de la señora Gloria Isaza contra el acto que declaró que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino (2014-2018) y se abstuvo de declarar la elección de los Representa

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

SEGUNDO. EJECUTORIADA esta providencia, vuelva al Despacho para continuar con el trámite del proceso.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

Cópiese, notifíquese y cúmplase

LEY 1437 DE 2011 - Acumulación de pretensiones / ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES - Es viable acumular diferentes clases de pretensiones, siempre que reúnan determinadas exigencias, entre ellas que estas puedan tramitarse por el mismo procedimiento / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Inadmisión de la demanda

Si bien el artículo 165 del CPACA posibilita la acumulación de pretensiones propias de diversos medios de control, en este evento en el que el demandante ha formulado de manera simultánea los de nulidad por inconstitucionalidad y nulidad contra acto de contenido electoral ello no es posible por cuanto tal proceder impone la verificación de los requisitos que ha previsto el legislador, a saber: "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: 1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución. 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias. 3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas. 4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento".

En el presente caso tales presupuestos no concurren por cuanto, en primer término la norma no prevé la acumulación de pretensiones propias de la nulidad por inconstitucionalidad con los demás medios de control - tampoco se menciona la nulidad electoral-. En segundo lugar, y si se pensara en que la mención de medios de control es meramente enunciativa y no taxativa, acudir a esta figura tampoco procedería por cuanto la acción de nulidad por inconstitucionalidad corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 2°, 3° y 4° del Acuerdo No. 148 de 2014 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en concordancia con el artículo 111 numeral 1° del CPACA; mientras que la nulidad contra acto de contenido electoral se ha asignado a la Sección Quinta del Consejo de Estado, conforme lo establecido en el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, expedido por la Sala Plena de esta Corporación en armonía con el 149.1 del CPACA. Con fundamento en lo anterior y atendiendo los principios de celeridad y economía procesal el Despacho en auto aparte proferido en la misma fecha de este, ordenó escindir las demandas para que se le diera inmediato reparto al medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 165

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Inadmisión de la demanda

Sería del caso que el Despacho se pronunciara sobre la admisión de la demanda de la referencia y la medida cautelar de urgencia solicitada, pero se advierte que la misma carece de los siguientes requisitos legales: 1. Comoquiera que el Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, acto demandado, fue modificado, en aspectos que serían objeto del debate, por el No. 07 emanado de la misma Comisión el 30 de julio de 2015, y que el artículo 163 del CPACA no hace referencia a tener como demandadas las decisiones administrativas expedidas de oficio por la administración sino a aquellas que se producen para resolver los recursos, el actor deberá incluir, si a bien lo tiene, las pretensiones que atañen a dicho acto modificatorio. 2. El señor González Campos demanda actos administrativos de carácter general pese a ello no acreditó las publicaciones de los mismos en los términos del artículo 166.1 del CPACA en armonía con el 65 de la misma codificación, ni indicó que se encontraba en algunas de las hipótesis que establece el inciso segundo del numeral primero del artículo 166 ibídem. Por lo tanto, deberá corregir tal falencia. 3. El accionante también deberá adecuar el escrito de demanda en estricto cumplimiento a lo ordenado en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 162 del CPACA puesto que en el libelo inicialmente allegado no existe claridad de los fundamentos de hecho y derecho en razón a que con en el mismo pretendía demandar en simple nulidad y en nulidad por inconstitucionalidad. Así las cosas, se inadmite la demanda de conformidad con el artículo 170 del CPACA, para que el actor corrija los citados defectos en el término máximo de diez (10) días, so pena de rechazo, se precisa que comoquiera que dicho término se otorga únicamente en beneficio de él, podrá renunciar al mismo de forma expresa si a bien lo considera con la única finalidad de dar celeridad al trámite judicial. En todo caso si el actor presenta escrito de subsanación antes del vencimiento del término mencionado se ordenara que la secretaría pase inmediatamente copia íntegra del expediente para efectos de que el Despacho se pronuncie sobre la medida cautelar de urgencia impetrada.

MEDIDAS CAUTELARES - Suspensión provisional / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda - MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Solo puede ser decretada cuando exista un libelo de la demanda que cumpla todas las exigencias legales / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Inadmisión de la demanda

Las medidas cautelativas, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso. En

este evento el demandante ha deprecado con el carácter de urgente la tradicional y propia del Derecho contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes). Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Pero el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del artículo 234: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete”.

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento. En este caso si bien el señor González Campos, en escrito aparte a la demanda, solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos del acto acusado junto con su anexo, y que del análisis realizado en precedencia se evidencia que existe tal posibilidad de acudir ab initio o en cualquier momento del proceso al juez competente para dicho fin, lo cierto es que para poder estudiar tal petición se debe observar *prima facie* por parte del operador judicial la existencia de una demanda que en estricto sentido reúna las condiciones exigidas en el ordenamiento

jurídico puesto que si se tiene que inadmitir la misma, escindir u ordenarle al actor cualquier corrección se imposibilita tal pronunciamiento judicial en razón a que no tiene sentido decretar una medida cautelar sin tener certeza que la demanda será subsanada y por ende que se hace preciso “asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte” Así las cosas, se precisa que la medida de urgencia solo puede ser decretada cuando exista un libelo de la demanda que cumpla todas las exigencias legales, lo cual como se viene de analizar en este caso no ocurre. En consecuencia, se conminará al actor a que presente en la mayor brevedad posible el escrito con la corrección de los defectos indicados en el aparte 2.1 de esta parte considerativa, si a bien lo tiene.

Fuente Formal: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 234

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., trece (13) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00

Actor: Federico González Campos

Demandado: Direccion Ejecutiva de Administracion Judicial

El Despacho procede a pronunciarse sobre la viabilidad de la admisión de la demanda de nulidad contra acto de contenido electoral¹ presentada por el ciudadano y abogado doctor Federico González Campos² y, sobre la petición de suspensión provisional de **urgencia** de los efectos del acto administrativo Acuerdo 06 de 17 de julio de 2015 “*por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno Judicial*”, concretamente de sus artículos 2º, 3º, 5º y 18, y el anexo de este denominado “*Protocolo para el proceso de elección de los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y empelados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial*”

1 La Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia de 27 de mayo de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, N°. Rad. 110010324000200500017 01, precisó el concepto de los actos administrativos de contenido electoral “...como aquellas manifestaciones de voluntad administrativa que se dictan en desarrollo de la legislación electoral, en orden a perfeccionar el proceso y la organización electoral para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la votación del elector expresada en las urnas, y a los ciudadanos el derecho de organizarse en partidos y movimientos políticos, en los términos de la Constitución y la ley, y ejercer a través de ellos sus derechos”.

2 En el mismo escrito también demandó la nulidad por inconstitucionalidad contra los actos acusados.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad de contenido electoral, la parte actora incoó demanda con el objeto de que se declare la nulidad de contenido electoral del Acuerdo 06 de 17 de julio de 2015, en sus artículos 2º, 3º, 5º y 18, “*junto con su anexo*”.

2. Hechos

Como fundamentos fácticos, en síntesis, la demanda planteó los siguientes:

2.1. El 7 de julio de 2015, el Congreso de la República publicó el Acto Legislativo No. 02 de 1º de julio de 2015, por medio del cual se adoptó la llamada reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictaron otras disposiciones que modificaron la estructura de gobierno y administración del poder judicial.

2.2. Con el artículo 15 de ese Acto Legislativo se reemplazó el artículo 254 de la Constitución Política y creando el Consejo de Gobierno Judicial como autoridad encargada de definir las políticas de la Rama Judicial, entre otras competencias, su integración, los requisitos de sus miembros y el artículo 18 transitorio, previó que el Gobierno Nacional antes del 1º de octubre de 2015 debía presentar un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial y hasta tanto esta se expida, los miembros del Consejo de Gobierno Judicial serían designados mediante elecciones que “*serán organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial*”.

2.3. El 17 de julio de 2015, la Comisión Interinstitucional profirió el Acuerdo N.º. 06 “*por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno*” que luego fue modificado por el Acuerdo No. 07 emanado de la misma Comisión el 30 de julio del presente año.

2.4. Con el Acuerdo demandado se pretendió dar cumplimiento a lo previsto en la parte final del literal A, numeral primero del artículo 18, pero además de organizar las elecciones, la Comisión Interinstitucional realizó la convocatoria pública y asignó funciones a otros órganos del poder público.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión Previa

Si bien el artículo 165 del CPACA posibilita la acumulación de pretensiones propias de diversos medios de control, en este evento en el que el demandante ha formulado de manera simultánea los de nulidad por inconstitucionalidad y nulidad contra acto de contenido electoral ello no es posible por cuanto tal proceder impone la verificación de los requisitos que ha previsto el legislador, a saber:

“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:

1. *Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.*
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
3. *Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.*
4. *Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”*

En el presente caso tales presupuestos no concurren por cuanto, en primer término la norma no prevé la acumulación de pretensiones propias de la nulidad por inconstitucionalidad con los demás medios de control - *tampoco se menciona la nulidad electoral*.

En segundo lugar, y sí se pensara en que la mención de medios de control es meramente enunciativa y no taxativa, acudir a esta figura tampoco procedería por cuanto la acción de nulidad por inconstitucionalidad corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 2º, 3º y 4º del Acuerdo No. 148 de 2014³ proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, en concordancia con el artículo 111 numeral 1º del CPACA⁴; mientras que la nulidad contra acto de contenido electoral se ha asignado a la Sección Quinta del Consejo de Estado, conforme lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, expedido por la Sala Plena de esta Corporación⁵ en armonía con el 149.1 del CPACA⁶.

³ “Por medio del cual se adiciona y modifica el Acuerdo 58 de 1999”.

⁴ Tal norma dispone: “La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones:
(...)”

1. Conocer de todos los procesos contenciosos administrativos cuyo conocimiento le atribuye la ley al Consejo de Estado y que específicamente no se haya asignado a las secciones.
(...)”

⁵ El artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado dispone: “Distribución de negocios entre las secciones. El artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, por el cual se expidió el reglamento del Consejo de Estado, quedará así:
Artículo 13.-
(...)”

Sección Quinta:
1-. Los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral.
(...)”

⁶ Tal norma establece las competencias en única instancia de la Plena del Consejo de Estado por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas Especiales.

Con fundamento en lo anterior y atendiendo los principios de celeridad y economía procesal el Despacho en auto aparte proferido en la misma fecha de este, ordenó escindir las demandas para que se le diera inmediato reparto al medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

2. De la inadmisión de la demanda y del pronunciamiento frente a la medida cautelar de urgencia solicitada

2.1. De la inadmisión

Sería del caso que el Despacho se pronunciara sobre la admisión de la demanda de la referencia y la medida cautelar de urgencia solicitada, pero se advierte que la misma carece de los siguientes requisitos legales:

1. Comoquiera que el Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, acto demandado, fue modificado, en aspectos que serían objeto del debate, por el No. 07 emanado de la misma Comisión el 30 de julio de 2015, y que el artículo 163 del CPACA no hace referencia a tener como demandadas las decisiones administrativas expedidas de oficio por la administración sino a aquellas que se producen para resolver los recursos, el actor deberá incluir, si a bien lo tiene, las pretensiones que atañen a dicho acto modificatorio.

2. El señor González Campos demanda actos administrativos de carácter general pese a ello no acreditó las publicaciones de los mismos en los términos del artículo 166.1 del CPACA en armonía con el 65 de la misma codificación, ni indicó que se encontraba en algunas de las hipótesis que establece el inciso segundo del numeral primero del artículo 166 *ibidem*⁷. Por lo tanto, deberá corregir tal falencia.

3. El accionante también deberá adecuar el escrito de demanda en estricto cumplimiento a lo ordenado en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 162 del CPACA puesto que en el libelo inicialmente allegado no existe claridad de los fundamentos de hecho y derecho en razón a que con en el mismo pretendía demandar en simple nulidad y en nulidad por inconstitucionalidad.

Así las cosas, se inadmite la demanda de conformidad con el artículo 170 del CPACA, para que el actor corrija los citados defectos en el término máximo de diez (10) días, so pena de rechazo, se precisa que comoquiera que dicho término se otorga únicamente en beneficio de él, podrá renunciar al mismo de forma expresa si a bien lo considera con la única finalidad de dar celeridad al trámite judicial.

⁷ Tal aparte de la norma dispone: “(...) Que el acto no se haya publicado, o se deniegue la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considera prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentra el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiera publicado de acuerdo con la ley (...). Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.”

En todo caso si el actor presenta escrito de subsanación antes del vencimiento del término mencionado se ordenara que la secretaría pase inmediatamente copia íntegra del expediente para efectos de que el Despacho se pronuncie sobre la medida cautelar de urgencia impetrada.

2.2. De la petición de medida cautelar de urgencia

De las medidas cautelares: concepto y finalidades

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo cautelar como:

“1. Adj. Der. Preventivo, precautorio. U. t. en sent. fig.

2. Adj. Der. Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar.”⁸

De tal acepción se puede inferir que las medidas cautelares tienen, entre otros, el objeto de prevenir un hecho o una situación jurídica, pero además de tal propósito también pueden ser conservativas, anticipativas o de suspensión.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2004⁹ al referirse al concepto de las medidas cautelares sostuvo que:

“(...) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.”

En relación con su fundamento constitucional, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, precisó que:

“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente,

⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=cautelar>

⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”

Así, las medidas cautelativas, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso.

Teniendo de presente los aspectos generales de las medidas cautelares es importante profundizar frente a estas en los medios de control de lo contencioso administrativo, para lo cual el Despacho retoma lo dicho en ocasión pretérita¹⁰, cuando se señaló que:

“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo-¹¹ y luego en la Carta de 1886¹², a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta

10 Ver Salvamento de Voto de quien aquí funge como Ponente emitido dentro de la acción de tutela 2013-06871-01.

11 La Ley 130 de 1913, en el artículo 59 señaló:
Recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Sección y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene:
(...)

d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave .
Posteriormente, el artículo 94 de la Ley 167 de 1941 - Segundo Código Contencioso Administrativo - dispuso:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:

1o. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda.

2o. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley .

Así mismo. El Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984–, en su artículo 152, estableció:

El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor .

12 Artículo 193: La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

Abora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “Suspensión Provisional”¹³, las cuales como se indicó se clasificaron según su naturaleza en preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama¹⁴.”

En este evento el demandante ha deprecado con el carácter de URGENTE la tradicional y propias del Derecho contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una *“petición de parte debidamente sustentada”*, y el 231 impone como requisito la *“(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*.

Pero el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del artículo 234: *“Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que baya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente,*

13 “La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1° de diciembre de 2008. M.P. Enrique Gil Botero).

14 El Artículo 230 del CPACA, establece que las medidas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y señaló que el juez o magistrado, podrá decretar una o varias de las siguientes:

Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello, fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta".

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

En este caso si bien el señor González Campos, en escrito aparte a la demanda, solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos del acto acusado junto con su anexo, y que del análisis realizado en precedencia se evidencia que existe tal posibilidad de acudir *ab initio* o en cualquier momento del proceso al juez competente para dicho fin, lo cierto es que para poder estudiar tal petición se debe observar *prima facie* por parte del operador judicial la existencia de una demanda que en estricto sentido reúna las condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico puesto que si se tiene que inadmitir la misma, escindir u ordenarle al actor cualquier corrección se imposibilita tal pronunciamiento judicial en razón a que no tiene sentido decretar una medida cautelar sin tener certeza que la demanda será subsanada y por ende que se hace preciso "asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte" (Sentencia C-379 de 2004 ya citada).

Así las cosas, se precisa que la medida de urgencia solo puede ser decretada cuando exista un libelo de la demanda que cumpla todas las exigencias legales, lo cual como se viene de analizar en este caso no ocurre.

En consecuencia, se conminará al actor a que presente en la mayor brevedad posible el escrito con la corrección de los defectos indicados en el aparte 2.1. de esta parte considerativa, si a bien lo tiene; se le ordena a la Secretaría de la Sección que abra cuaderno aparte para la medida cautelar solicitada extrayendo del expediente las copias pertinentes y que inmediatamente el accionante anexe memorial de subsanación remita el expediente al Despacho para que este realice el pronunciamiento sobre la medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. RESUELVE:

PRIMERO. INADMITIR la demanda de nulidad de acto de contenido electoral presentada por el doctor Federico González Campos por los motivos y las consideraciones expuestos.

SEGUNDO: CONCEDER al demandante el término de 10 días contados a partir el día siguiente de la notificación por estado para que corrija la demanda, so pena del rechazo de la misma.

TERCERO ADVERTIR al actor que subsanada la demanda puede renunciar de forma expresa al término que le resta por cumplir.

CUARTO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección que abra cuaderno aparte para el trámite de la solicitud de medida cautelar en los precisos términos indicados en esta providencia.

QUINTO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia **ABSTENERSE**, por ahora, de resolver la medida cautelar de urgencia deprecada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

LEY 1437 DE 2011 - Medidas cautelares de urgencia / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Suspensión provisional / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda

En este evento el demandante ha deprecado con el carácter de urgente la medida cautelar tradicional y propia del Derecho Contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículo 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes). Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Pero el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del artículo 234: “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar: i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

Fuente Formal: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 234

MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Competencia para decidir sobre esta medida cautelar

En relación con la competencia para resolver la medida cautelar de urgencia en ejercicio del medio de control de nulidad, el

legislador estableció en el artículo 234 del CPACA que “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, (...)”, por ende, procede este Despacho a decidir sobre la medida cautelar deprecada.

Fuente Formal: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 234

MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Suspensión provisional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Acuerdos 06 y 07 de la Comisión Interinstitucional de la Rama judicial para conformar el Consejo de Gobierno Judicial / COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL - Si tiene competencia para organizar y señalar el procedimiento para la elección de los representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial

El señor Federico González Campos en escrito aparte a la demanda, solicita como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos de los Acuerdos Nos. 06, junto con su anexo “Protocolo para el proceso de elección de los magistrados de Tribunales y jueces de la república, y empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial”, y 7 de 17 y 30 de julio de 2015, ambos proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial. Indica que además de los argumentos expuestos en el citado escrito remite a lo planteado en el libelo de la demanda, en el que se precisa que, el actor pretende la anulación de los actos demandados por considerar que: (i) no está dentro de las funciones atribuidas a la Comisión Interinstitucional la de convocar a elecciones de los Representantes de Jueces y magistrados y empleados al Consejo de Gobierno Judicial y, (ii) los artículos 2º, 3º, 5º, 10, 11, 12 y 15 del Acuerdo 06 de 2015, junto con el protocolo para el proceso de elección, desbordan la competencia de “organizar” dichas elecciones asignada a la Comisión Interinstitucional según el artículo 18 del Acto Legislativo No. 02 de 2015. Invocó como justificación de la urgencia de la medida cautelar desde los siguientes derroteros: a) al no otorgarse la medida se causa un perjuicio irremediable al adelantarse un proceso electoral sin competencia para ello y con abierta vulneración de las normas en las que debería fundarse; b) los efectos de la sentencia resultarían ineficaces por el adelantamiento de un proceso eleccionario sin competencia y con abierta usurpación de funciones asignadas constitucionalmente al legislativo, c) la violación de los artículo 2º y 18 del Acto Legislativo 2 de 2015, el artículo 97 de la Ley 270 de 1996, los artículos 5º y 7º del Acuerdo No. 01 de 1996 y 40 de la Ley 489 de 1998 es flagrante y; d) porque las elecciones se realizarán el 31 de agosto de 2015, una vez recibidos y verificados los resultados de la votación nacional, razón por la cual se cumpliría dicho trámite con violación directa de la Constitución y la ley.

No resulta claro para el Despacho, a diferencia de lo dicho por el actor, que la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial que dará vida y existencia a la primera Gerencia de la

Rama Judicial y que deberá afrontar la implementación de todo el engranaje establecido en el mencionado Acto Legislativo y en la Ley Estatutaria a expedir por el Congreso, haya sido contrario a la norma constitucional invocada, cuando el mismo Constituyente derivado es claro en manifestar que la Comisión Interinstitucional continúa ejerciendo sus funciones hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y elegido el Gerente de la Rama Judicial. Claramente puede afirmarse que el bloque de constitucionalidad se aplica en toda su extensión armonizado con el régimen transitorio que el Acto Legislativo de marras, que por lo demás también hace parte de aquel. Así las cosas no se advierte por vía de la suspensión provisional la transgresión a la norma constitucional en cita. (...) no puede afirmarse per se que existe incompetencia por la derogatoria de la Ley 270 de 1996 y del Reglamento de la Comisión Interinstitucional contenido en el Acuerdo 01 de 1996, por cuanto queda incólume el sustento normativo constitucional en que se apoyó y sustentó el Acuerdo demandado, esto es, precisamente el Acto Legislativo 02 de 2015, que como ya se vio le asignó a la Comisión Interinstitucional, en forma temporal, por una parte, organizar las elecciones del primer Consejo de Gobierno Judicial y, por otra, continuar en el ejercicio de sus funciones "hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y sea elegido el Gerente de la Rama Judicial". En consecuencia, no es dable afirmar que la Comisión Interinstitucional carecía de competencia para organizar y/o señalar el procedimiento para la elección de los representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial. Por lo tanto el cargo no prospera.

COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL - Desbordó la facultad otorgada al establecer una inhabilidad para ser elegidos Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial / CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL - Elección de Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial

Indica el demandante que el artículo 3 del Acuerdo N. 06 de 2015 consagra una causal de inhabilidad al señalar que: Tendrán derecho a ser elegidos los Magistrados de tribunales y Jueces de la República y los empleados de la Rama Judicial que acrediten su calidad de servidores de la justicia y no hayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años". Al respecto considera este Despacho que frente a la obligación de acreditar la calidad de servidores de la justicia no existe contradicción ni desbordamiento alguno, respecto a las normas constitucionales y legales que enmarcan la competencia de la Comisión Interinstitucional de organizar las elecciones, puesto que estas normas señalan que se trata del proceso y procedimiento para elegir a los representantes de los Jueces y magistrados, por una parte, y Empleados de la Rama Judicial, por la otra.

Por lo tanto, exigir tal acreditación de servidor público de la Rama Judicial no excede la facultad de organización de elecciones otorgada, toda vez que se entiende como una

consecuencia propia del proceso de verificación para ser representante de los Jueces, Magistrados y Empleados en la medida en que el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 señala que su elección será realizada por voto directo de sus pares (literal a), numeral 1), condición que impone que elegido y elector pertenezcan al mismo sector: jueces y magistrados, por un lado, y empleados, por el otro, condición que pretende garantizar la democratización en el manejo del gobierno judicial. No sucede igual en cuanto a "que no hayan sido sancionados en los últimos 5 años", para ser elegidos Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial, condición respecto de la cual advierte este Despacho que sí se excede la facultad otorgada, puesto que establecer tal condición no hace parte de las funciones de organización electoral, que tienen que ver con señalar un procedimiento, un conjunto de pasos para lograr la elección de los representantes, sino que, se establece un requisito que, además, no existe en ninguna norma superior para ejercer como servidor público. Es así que el artículo 38.2 de la Ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario, establece como causal inhabilitante para ser servidor público haber sido sancionado 3 veces en los últimos 5 años y en los artículos 150 y 151 de la Ley 270 de 1996, que regulan la inhabilidades para los servidores de la Rama Judicial no aparece tal causal. En virtud de lo anterior, el cargo sí prosperará y se suspenderá el aparte "(...) que no hayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años.", por cuanto se ha creado una inhabilidad por un órgano diferente al Congreso de la República, sin que exista autorización constitucional que ampare tal actuar.

COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL - Desbordó la facultad otorgada al establecer requisitos habilitantes para ser elegidos Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial / CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL - Elección de Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial

Manifiesta el actor que el artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 2015. Modificado por el Acuerdo No. 07 de 2015, establece requisitos habilitantes al señalar que: "b) Los candidatos en el momento de la inscripción deben adjuntar a su aspiración una planilla con un número de firmas de sus pares, que respalden sus candidaturas equivalentes al 20% del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, siempre y cuando la Ley no regule un porcentaje diferente. Dichas planillas deben contener el nombre del servidor público, número de cédula de ciudadanía y despacho dependencia a la cual pertenece, información que será verificada por la Dirección Ejecutiva de la Seccional a la que se encuentre vinculado el candidato. Parágrafo: La regla aplica para la inscripción de los candidatos por cada Seccional. Las elecciones se realizarán con base en los dos listados generales consolidados por la Comisión Interinstitucional Nacional, esto es un listado de los candidatos para representar a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y otro listado nacional para los Empleados Judiciales. Observa el Despacho, que la exigencia de acompañar

la inscripción con firmas que equivalgan el 20 % del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, no es un paso o escalón, dentro del procedimiento para elegir los representantes de los magistrados, jueces y empleados de la Rama, sino que se constituye en un requisito, que a todas luces es contrario a la facultad otorgada de organización electoral. Exigir firmas que representen el 20% del número de funcionarios o empleados de la Seccional, es una carga adicional que estableció la Comisión Interinstitucional, sin estar facultada para ello, y que además no tiene ningún fundamento, pues establecer el 20% resulta arbitrario ya que no existen estudios o argumentos que sustenten esa cifra y puede ser cualquier otra: el 15% o 5% o el 30%. Tal como ya se ha señalado, la competencia de la Comisión en materia de las elecciones de los representantes, es únicamente para organizar el proceso electoral, que culmine con la escogencia de los representantes por votos de sus compañeros, pero no tiene facultad reglamentaria ni extraordinaria de legislador, ni puede de ninguna manera equiparar estas elecciones sectoriales a elecciones populares o a los mecanismos de participación ciudadana que requieren apoyos de firmas para su inscripción o para el inicio del proceso. Pues en esos casos los apoyos por firmas van a respaldar inscripciones de candidatos para elecciones por voto popular y/o iniciativas en mecanismos de participación en los que interviene la ciudadanía en general, que nada tienen que ver con elecciones sectoriales, como las de los representantes de los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, en las que la participación se limita a estos sectores. Tal exigencia se erige entonces en una limitación al ejercicio del derecho para el que el Acto Legislativo 02 de 2015 no ha autorizado a la Comisión Interinstitucional, por lo que su estudio sólo puede abordarse por el encargado de la expedición de la Ley Estatutaria a la que el Constituyente derivado defirió -como corresponde al tenor de lo previsto por el artículo 150 constitucional- la consagración de todos estos aspectos. Por lo anterior, el cargo prospera en lo referente al requisito para la inscripción de planillas con el 20% de apoyos por firmas, establecido en el literal b) y parágrafo del artículo 5°

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 06 DE 2015 (17 de julio)
COMISION INTERINSTITUCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL
(Suspendido parcial) - ACUERDO 07 DE 2015 (30 de julio)
COMISION INTERINSTITUCIONAL DE LA RAMA JUDICIAL
(Suspendido parcial)

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial

Una vez admitida la demanda de contenido electoral presentada por el ciudadano Federico González Campos contra los Acuerdos Nos. 06¹ y 07² del 17 y 30 de julio 2015, respectivamente, proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, procede el Despacho, a pronunciarse sobre solicitud de suspensión provisional de **urgencia** de los efectos de los citados actos administrativos.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad de contenido electoral, la parte actora incoó demanda con el objeto de que se declare la nulidad de los Acuerdos 06 y 07 de 17 y 30 de julio de 2015, ambos proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial y solicitó la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los actos demandados. (fls 102 y 103 de cuaderno de solicitud de la medida cautelar)

2. Hechos

Como fundamentos fácticos, en síntesis, se plantearon los siguientes:

2.1. El 7 de julio de 2015³, el Congreso de la República publicó el Acto Legislativo No. 02 de 1° de julio de 2015, por medio del cual se adoptó la llamada reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictaron otras disposiciones que modificaron la estructura de gobierno y administración del poder judicial.

2.2. Con el artículo 15 de ese Acto Legislativo se reemplazó el artículo 254 de la Constitución Política y se creó el Consejo de Gobierno Judicial como autoridad encargada, entre otras competencias, de definir las políticas de la Rama Judicial, y en el artículo 18 transitorio de la citada reforma constitucional, se consagró que el Gobierno Nacional antes del 1° de octubre de 2015 debía presentar un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial y hasta tanto esta se apruebe y entre en vigencia, los miembros del Consejo de Gobierno Judicial serían designados mediante elecciones que *“serán organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial”*.

2.3. El artículo 18 del Acto Legislativo No. 02 de 2015 consagró como disposición transitoria en el literal a) del numeral primero que las elecciones de los representantes de magistrados de tribunal y los jueces y de los empleados judiciales serán

1 “Por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno Judicial”.

2 “Por el cual se modifica y se aclara el Acuerdo N° 06 del 17 de julio de 2015”.

3 Según el Diario Oficial No. 49.560, la promulgación del Acto Legislativo No. 02 de 2015 ocurrió el 1° de julio de 2015.

organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, así:

“Artículo 18. Transitorio. El Gobierno Nacional deberá presentar antes de 1º de octubre de 2015 un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.

Las siguientes disposiciones regirán hasta que entre en vigencia dicha ley estatutaria:

l. Los órganos de gobierno y administración judicial serán conformados así:

a) Los miembros del Consejo de Gobierno Judicial deberán ser designados o electos dentro de dos meses contados a partir de la entrada en vigencia de este Acto Legislativo. Las elecciones del representante de los magistrados de tribunal y los jueces y del representante de los empleados judiciales serán realizadas por voto directo de sus pares de la Rama Judicial. Las elecciones serán organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

2.4. El último inciso del mismo artículo 18 del Acto Legislativo No. 02 de 2015 derogó los numerales 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 97 y el numeral 6º del artículo 131 de la Ley 270 de 1996.

2.5. Si bien con los Acuerdos demandados se pretendió dar cumplimiento a lo previsto en la parte final del literal a), numeral primero del artículo 18, es lo cierto que, además de organizar las elecciones, la Comisión Interinstitucional realizó la convocatoria pública y asignó funciones a otros órganos del poder público.

2.6. Que los actos demandados se fundamentan en los artículos 97 de la Ley 270 de 1996 y 5º del Reglamento de la Comisión Interinstitucional (Acuerdo 1º de 1996). El primero derogado expresamente por el inciso final del artículo 18 del Acto Legislativo No. 02 de 2015 (numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 97 de la Ley 270 de 1996) y el segundo refiere únicamente a las funciones del presidente de la Comisión Interinstitucional, dentro de las cuales no se asigna la competencia de convocar a elecciones.

2.7. Del artículo 97 de la Ley 270 de 1996, solo quedan vigentes los numerales 1º y 2º que señalan:

1. Contribuir a la coordinación de las actividades de los diferentes organismos administrativos de la Rama Judicial

2. Solicitar informes al auditor responsable de dirigir el sistema de control interno de la Rama Judicial.

2.8 La única competencia estatuida por el constituyente delegado era la referida a “**organizar**” las elecciones de los

representantes de las bases judiciales al Consejo de Gobierno Judicial.

II. CONSIDERACIONES

1. De la petición de la medida cautelar de urgencia

1.1. De las medidas cautelares: concepto y finalidades

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo cautelar como:

“1. adj. Der. Preventivo, precautorio. U. t. en sent. fig.

2. adj. Der. Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar.”⁴

De tal acepción se puede inferir que las medidas cautelares tienen, entre otros, el objeto de prevenir un hecho o una situación jurídica, pero además de tal propósito también pueden ser conservativas, anticipativas o de suspensión.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2004⁵ al referirse al concepto de las medidas cautelares sostuvo que:

“(…) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.”

En relación con su fundamento constitucional, la Corte, en la citada sentencia, precisó que:

“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se

⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=cautelar>

⁵ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”

Así, las medidas cautelares, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso.

Teniendo de presente los aspectos generales de las medidas cautelares es importante profundizar frente a estas en los medios de control de lo contencioso administrativo, para lo cual el Despacho retoma lo dicho en ocasión pretérita⁶, cuando se señaló que:

“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo-⁷ y luego en la Carta de 1886⁸, a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta

jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “Suspensión Provisional”⁹, las cuales como se indicó se clasificaron según su naturaleza en preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama¹⁰.”

En este evento el demandante ha deprecado con el carácter de URGENTE la tradicional y propia del Derecho Contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículo 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una *“petición de parte debidamente sustentada”*, y el 231 impone como requisito la *“(…) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*.

Pero el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del artículo 234: *“Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que baya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente,*

⁶ Ver Salvamento de Voto de quien aquí funge como Ponente emitido dentro de la acción de tutela 2013-06871-01.

⁷ La Ley 130 de 1913, en el artículo 59 señaló:
Recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Sección y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene:
(...)

d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave .
Posteriormente, el artículo 94 de la Ley 167 de 1941 – Segundo Código Contencioso Administrativo – dispuso:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:

1o. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda.

2o. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley .

Así mismo. El Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, en su artículo 152, estableció:

El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor .

⁸ Artículo 193: La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

⁹ La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1° de diciembre de 2008. M.P. Enrique Gil Botero).

¹⁰ El Artículo 230 del CPACA, establece que las medidas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y señaló que el juez o magistrado, podrá decretar una o varias de las siguientes:

Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello, fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete”.

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar: **i)** se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y **ii)** al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

1.2. De la competencia para decidir la medida cautelar solicitada

En relación con la competencia para resolver la medida cautelar de urgencia en ejercicio del medio de control de nulidad, el legislador estableció en el artículo 234 del CPACA que “Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o **Magistrado Ponente** podrá adoptar una medida cautelar, (...)”, por ende, procede este Despacho a decidir sobre la medida cautelar deprecada.

1.3. De la decisión de la medida cautelar solicitada

El señor Federico González Campos en escrito aparte a la demanda, solicita como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos de los Acuerdos Nos. 06, junto con su anexo “Protocolo para el proceso de elección de los magistrados de Tribunales y jueces de la república, y

empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial”, y 07 de 17 y 30 de julio de 2015, ambos proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Indica que además de los argumentos expuestos en el citado escrito remite a lo planteado en el libelo de la demanda, en el que se precisa que, el actor pretende la anulación de los actos demandados por considerar que: (i) no está dentro de las funciones atribuidas a la Comisión Interinstitucional la de convocar a elecciones de los Representantes de Jueces y magistrados y empleados al Consejo de Gobierno Judicial y, (ii) los artículos 2º, 3º, 5º, 10, 11, 12 y 15 del Acuerdo 06 de 2015, junto con el protocolo para el proceso de elección, desbordan la competencia de “organizar” dichas elecciones asignada a la Comisión Interinstitucional según el artículo 18 del Acto Legislativo No. 02 de 2015.

Ahora bien, como se indicó el juez al resolver la medida cautelar debe analizar si el acto demandado transgrede las normas superiores invocadas o si estas son vulneradas a partir de la petición o de las pruebas allegadas con la misma.

Así las cosas, y comoquiera que el asunto en debate es de puro de derecho, procederá el Despacho a: i) relacionar y determinar el contenido de los actos acusados; ii) identificar las censuras a los mismos; para finalmente iii) analizar si los Acuerdos demandados vulneran las normas invocadas.

1.3.1. Del contenido de los actos acusados

Procede el Despacho a analizar cada una de las normas que se solicita se declare la nulidad y se decrete la suspensión provisional:

- Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 “Por el Cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo del Gobierno Judicial”, proferido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial. Específicamente los siguientes artículos (subrayados por el actor):

Acuerdo N°. 06 de 2015	Acuerdo N°. 07 de 2015
<p>Artículo 2 “La Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial dará aplicación a este reglamento para la elección del Representante de los magistrados de Tribunales y Jueces de la república y del Representante de los empleados de la Rama Judicial que conformarán el Consejo de Gobierno Judicial, o cuando se susciten ausencias definitivas por retiro del servicio, retiro de la carrera judicial, renuncia o la representación y muerte; o temporales, por comisión de estudios, comisión especial o licencias”</p>	

Acuerdo N°. 06 de 2015	Acuerdo N°. 07 de 2015
<p>Artículo 3 “Tendrán derecho a ser elegidos los Magistrados de tribunales y Jueces de la República y los empleados de la Rama Judicial que acrediten su calidad de servidores de la justicia y no hayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años”.</p>	
<p>Artículo 5 literal b) “En el momento de la inscripción, los candidatos deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) b) Adjuntar a su aspiración una planilla con un número de firmas de sus pares que respalden su candidatura equivalentes al menos el veinte por ciento (20%) del número de empleados aptos para votar en su respectivo Distrito Judicial, siempre y cuando la Ley no regule un porcentaje diferente. Dichas planillas deben contener el nombre del servidor judicial, número de cédula de ciudadanía y despacho o dependencia a la cual pertenece, información que será verificada por la Dirección Ejecutiva Seccional del Distrito Judicial al que se encuentre vinculado el candidato”.</p>	<p>b) Los candidatos en el momento de la inscripción deben adjuntar a su aspiración una planilla con un número de firmas de sus pares, que respalden sus candidaturas equivalentes al 20% del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, siempre y cuando la Ley no regule un porcentaje diferente. Dichas planillas deben contener el nombre del servidor público, número de cédula de ciudadanía y despacho dependencia a la cual pertenece, información que será verificada por la Dirección Ejecutiva de la Seccional a la que se encuentre vinculado el candidato.</p> <p>Parágrafo: La regla aplica para la inscripción de los candidatos por cada Seccional. Las elecciones se realizarán con base en los dos listados generales consolidados por la Comisión Interinstitucional Nacional, esto es un listado de los candidatos para representar a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y otro listado nacional para los Empleados Judiciales.</p>
<p>Artículo 10 “De los jurados de votación: cada mesa de votación contará con dos servidores judiciales, uno para cada uno de los Magistrados de tribunales y Jueces de la república, y otro para la urna de los empleados de la Rama Judicial (...)” Parágrafo 2 “El proceso de designación de jurados de votación se hará en presencia de un testigo designado por la Procuraduría General de la Nación”.</p>	
<p>Artículo 11 “Para efectos de la votación las Comisiones Interinstitucionales Seccionales, junto con las Direcciones Ejecutivas Seccionales y con el apoyo de la Registraduría Nacional del Estado Civil, serán las encargadas de la ubicación estratégica de las mesas de votación, de acuerdo con el censo electoral y el mapa judicial en cada distrito.”</p>	

Acuerdo N°. 06 de 2015	Acuerdo N°. 07 de 2015
<p>Artículo 12 “Los despachos judiciales del país que tengan dificultades de conectividad contarán con kioscos “vive digital” y puntos “vive digital”, facilitados para este fin por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones que están instalados en todos los municipios del país”.</p>	
<p>Artículo 15 La Presidencia de la Comisión Interinstitucional Nacional, en presencia de un delegado de la Procuraduría General de la Nación, realizará la consolidación de los resultados de votación y señalará el 28 de agosto hasta la media noche los candidatos con mayor número de votos.</p>	

- Anexo al Acuerdo No. 06 de 2015 “*Protocolo para el proceso de elección de los Magistrados de tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial*”
- Acuerdo 07 de 30 de julio de 2015 “*Por el cual se modifica y aclara el Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015*” Expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial”

1.3.2. De los cargos alegados

a. Incompetencia de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial para convocar elecciones porque:

- El artículo 126 de la Constitución Política, establece que las **convocatorias** para la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas es de reserva legal.
- Dentro de las competencias atribuidas a la **Comisión Interinstitucional** de la Rama Judicial, no se encuentra la de “**convocar elecciones y adelantar el proceso de elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial**”, puesto que los numerales 3º,4º,5º y 7º del artículo 97 de la ley 270 de 1996, de donde derivaría dicha competencia fueron expresamente derogados por el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015. Y el artículo 5º del Acuerdo 01 de 1996, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial no es fundamento para convocar elecciones de los representantes de los jueces y magistrados y empleados de la Rama Judicial, pues refiere únicamente a las funciones del Presidente de la Comisión Interinstitucional, y no se encuentra asignada dicha función.

b. Incompetencia de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial para regular requisitos y procedimientos en la elección de los Representantes de los Jueces y magistrados de Tribunal y Empleados de la Rama Judicial, porque:

El Acto Legislativo 02 de 2015, en su artículo 18 otorga una única función a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, que es la referida a “**organizar**” las elecciones de los representantes de las bases judiciales

al Consejo del Gobierno Judicial, y el demandante considera que los artículos 2º, 3º, 5º, 10, 11, 12 y 15 del Acuerdo 06 de 2015, junto con el protocolo para el proceso de elección, que establece que las Direcciones Ejecutivas Seccionales y las Comisiones Interinstitucionales levanten el censo electoral de cada circuito, desbordan esa competencia que es de reserva legal estatutaria (el funcionamiento de los órganos de Gobierno y administración judicial) y ordinaria (requisitos de la convocatoria) del Congreso de la República.

1.3.3. De las normas invocadas como violadas

Artículos 18 del Acto Legislativo 02 de 2015, 97 de la Ley 270 de 1996, 5º y 7º del Acuerdo No. 01 de 1996 expedido por la Comisión Interinstitucional y 40 de la Ley 489 de 1998, porque los actos demandados se expidieron sin competencia, falsa motivación y extralimitación de las funciones propias del organismo que las expidió.

El artículo 18 del Acto Legislativo No. 02 de 2015, puesto que dicha normativa solo habilita a la Comisión Interinstitucional para “**organizar elecciones**” de los representantes de las bases judiciales en el nuevo órgano de gobierno de la Rama Judicial en el periodo de transición.

El artículo 126 de la Constitución Política, que establece que las **convocatorias** para la elección de servidores públicos atribuidas a corporaciones públicas son de reserva legal, ya que incluyen fijación de requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Entonces, considera el demandante, que la competencia atribuida a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial es meramente instrumental, en tanto está dirigida a facilitar los mecanismos logísticos y operativos propios de cualquier organización electoral que no corresponde a la determinación de requisitos y procedimientos necesarios para que cualquier convocatoria se lleve a cabo en los términos constitucionales indicados en el artículo 2º del Acto Legislativo, es decir en ningún momento se otorgó facultad reglamentaria.

Es así como, para efectos de adelantar el proceso de convocatoria pública para la elección de los servidores que integrarán el Consejo de Gobierno Judicial, se requiere la existencia de una ley previa que fije requisitos y procedimientos de la convocatoria pública respectiva.

Específicamente, señaló el demandante, que los artículos 2º, 3º, 5º, 10, 11, 12 y 15 del Acuerdo No 06 de 2015, regulan aspectos de requisitos y procedimientos de la convocatoria que deben ser contenidos en una ley, puesto que: (i) regula situaciones administrativas con vocación de permanencia para lo cual la Comisión Interinstitucional carece de habilitación constitucional y legal (art. 2º), (ii) establece causales de inhabilidad (art. 3º), (iii) consagra requisitos habilitantes para participar en la convocatoria (art. 5º), y (iv) establece mecanismos de garantía del principio de transparencia y asignación de competencias por vía de reglamento a órganos de control, autoridades administrativas y Registraduría (arts. 10, 11, 12 y 15)

2. Caso concreto

Conviene precisar entonces que el actor presenta en escrito separado de la demanda (fls. 102-103) la sustentación para la medida cautelar.

Invocó como justificación de la **urgencia** de la medida cautelar desde los siguientes derroteros: a) al no otorgarse la medida se causa un perjuicio irremediable al adelantarse un proceso electoral sin competencia para ello y con abierta vulneración de las normas en las que debería fundarse; b) los efectos de la sentencia resultarían ineficaces por el adelantamiento de un proceso eleccionario sin competencia y con abierta usurpación de funciones asignadas constitucionalmente al legislativo, c) la violación de los artículo 2º y 18 del Acto Legislativo 2 de 2015, el artículo 97 de la Ley 270 de 1996, los artículos 5º y

7º del Acuerdo No. 01 de 1996 y 40 de la Ley 489 de 1998 es flagrante y; d) porque las elecciones se realizarán el 31 de agosto de 2015, una vez recibidos y verificados los resultados de la votación nacional, razón por la cual se cumpliría dicho trámite con violación directa de la Constitución y la ley (véase art. 16 del Acuerdo 06 de 2015).

El actor afirmó que se configuran los requisitos de procedencia de la medida cautelar previstos en los artículos 231 y 234 puesto que el acuerdo demandado resulta abiertamente violatorio de la Constitución Política y la Ley, encuadrando entonces en la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA, al analizar la contraposición entre el acto acusado y las normas constitucionales invocadas como vulneradas, por cuanto la formulación de la medida cautelar la hizo exclusivamente en términos de legalidad objetiva, razón por la cual el Despacho analizará a continuación cada censura:

Primer cargo. Incompetencia de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial para **convocar** elecciones por:

- **Violación del artículo 126 de la Constitución Política (mod. Acto Legislativo 02 de 2015) y por violación a la reserva legal:** porque la Comisión Interinstitucional para hacer convocatorias a procesos de selección de servidores públicos requería de ley que le viabilice constitucionalmente esa competencia.

Para efectos de proceder al estudio de la censura y en atención a que el Acto Legislativo 02 de 2015 es de reciente creación, el Despacho considera importante cotejar los textos antes y después de la reforma de equilibrio de poderes:

Constitución Política de 1991	Acto Legislativo 02 de 2015 (En subrayas lo nuevo)
<p>Artículo 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.</p> <p>Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.</p>	<p>Los servidores públicos no podrán <u>en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar</u> con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.</p> <p>Tampoco podrán <u>nombrar ni postular</u> como servidores públicos, <u>ni celebrar contratos estatales</u>, con quienes hubieren intervenido en su <u>postulación</u> o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.</p> <p>Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.</p> <p><u>Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.</u></p>

El aparte en negrilla que corresponde al inciso 4º del Acto Legislativo 02 de 2015, es la disposición que sustenta la medida cautelar. Ahora bien, dentro del estado del arte se advierte que el propio Acto Legislativo en mención y dado que se trataba de la reestructuración organizativa de ramas del poder público, concretamente la supresión del Consejo Superior de la Judicatura dio pautas que morigeraran el impacto que implica abolir, crear y reasignar funciones, misiones y propósitos de una entidad que desaparece y que es reemplazada por otra.

En efecto, consciente de esa circunstancia, en el parágrafo 18 transitorio conminó al Congreso para que antes del 1º de octubre regulara el funcionamiento de los órganos de control de gobierno y administración judicial, a saber: Consejo de Gobierno Judicial; Gerencia de la Rama Judicial; Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. No obstante, quedó incluida la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; las altas cortes y tribunales en ejercicio de la función nominadora.

El Constituyente derivado mantiene, mientras el llamado paso de transición entre el viejo y el nuevo sistema, parte de la estructura antigua y otorga soluciones, a efectos de atenuar el impacto tanto de las medidas de supresión como de creación.

En efecto, frente a la conformación de los órganos de gobierno y administración judicial, se lee:

a) Miembros del Consejo de Gobierno Judicial.

Los miembros del primer Consejo de Gobierno Judicial:

- Deben ser **designados o electos** dentro de los **dos (2) meses** contados desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo (a partir del 1 de julio de 2015).
- Las elecciones del representante de los Magistrados de Tribunal y jueces y del representante de los empleados judiciales se realizan por **voto directo de sus pares en la Rama Judicial**.
- Las **elecciones serán organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial**.
- Uno de los tres miembros permanentes y de dedicación exclusiva será elegido para un período de dos (2) años; otro, para un período de tres (3) años.

Los miembros permanentes y de dedicación exclusiva:

- Deben ser **elegidos** dentro de los **dos (2) meses posteriores a la elección o designación de los demás miembros del primer Consejo de Gobierno Judicial**.

b) La Gerencia de la Rama Judicial reemplazará a la extinta Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

El primer Gerente será elegido por el Consejo de Gobierno Judicial, dentro de los dos (2) meses a partir de la elección del Consejo de Gobierno Judicial.

c) La **Comisión Interinstitucional** y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura **continúan ejerciendo funciones hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y sea elegido el Gerente de la Rama Judicial**.

Estas son algunas de las medidas transitorias que se observan del texto del Acto Legislativo, conforme a las cuales se advierte en vía del análisis de suspensión provisional de urgencia que si algunos de los órganos anteriores aún cobran existencia, resultaría inane y por demás se tornaría en una imposibilidad jurídica normativa restringir su actuar mientras no entren en funcionamiento y se implementen las medidas para dar plena aplicación a los nuevos entes.

Por otra parte, aplicar el rigorismo del artículo 126 en su inciso cuarto, al exigir que deba estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, como en efecto acontecerá en el futuro cercano, pues nótese que el Constituyente exhortó al Congreso para expedir la Ley Estatutaria antes del 1 de octubre de 2015, imposibilitaría la aplicación de las medidas transitorias dispuestas precisamente en el acto de reforma constitucional, de ahí el mérito del sistema híbrido que actualmente se advierte sustentado en el propio Acto Legislativo 02 de 2015.

No resulta claro para el Despacho, a diferencia de lo dicho por el actor, que la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial que dará vida y existencia a la primera Gerencia de la Rama Judicial y que deberá afrontar la implementación de todo el engranaje establecido en el mencionado Acto Legislativo y en la Ley Estatutaria a expedir por el Congreso, haya sido contrario a la norma constitucional invocada, cuando el mismo Constituyente derivado es claro en manifestar que la Comisión Interinstitucional continúa **ejerciendo sus funciones hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y elegido el Gerente de la Rama Judicial**.

Es tal el imposible jurídico, que se generaría con la tesis del demandante, que si se esperara a la expedición de la Ley de convocatoria que prevé el artículo 126 Constitucional, para lo cual y en específico el Constituyente dio un plazo a 1º de octubre de 2015, siendo apenas una expectativa, sobrarían por ser inanes todas las normas transitorias establecidas por el Acto Legislativo.

Claramente puede afirmarse que el bloque de constitucionalidad se aplica en toda su extensión armonizado con el régimen transitorio que el Acto Legislativo de marras, que por lo demás también hace parte de aquel.

Así las cosas no se advierte por vía de la suspensión provisional la transgresión a la norma constitucional en cita.

- La **derogatoria** expresa por el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 de los **numerales 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 97 de la Ley 270 de 1996**, de donde derivaría dicha competencia para la convocatoria y que el **artículo 5º del Acuerdo 01 de 1996**, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial **no es fundamento para convocar elecciones de los representantes de los jueces y magistrados y empleados de la Rama Judicial**, pues refiere únicamente a las funciones del Presidente de la Comisión Interinstitucional, y no se encuentra asignada dicha función.

El *corpus* del acto administrativo demandado para realizar la convocatoria dijo apoyarse en la Ley Estatutaria 270 de 1996, concretamente en el artículo 97 y en el Reglamento de la Comisión Interinstitucional, cuyo contenido es totalmente ajeno a la materia regulada, además que fueron derogadas precisamente por el Acto Legislativo en cita.

Al respecto, se observa que en efecto en el inciso final del artículo 18 Transitorio se lee la siguiente disposición: *“Quedan derogados los numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 97 y el numeral 6 del artículo 131 de la Ley 270 de 1996”*.

Y que en el numeral 2, de ese mismo artículo y frente al artículo 97 se prevé que: *“mientras se expide la ley estatutaria, el Consejo de Gobierno Judicial ejercerá las funciones previstas... en... artículo 97, numerales 1 y 2 de la Ley 270 de 1996”*.

Frente a lo anterior, ha de recordarse que el artículo 97 de la Ley 270 de 1996, es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 97. FUNCIONES DE LA COMISIÓN. *Son funciones de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial:*

1. *Contribuir a la coordinación de las actividades de los diferentes organismos administrativos de la Rama Judicial.*
2. *Solicitar informes al auditor responsable de dirigir el sistema de control interno de la Rama Judicial.*
3. *Emitir concepto previo para el ejercicio de las facultades previstas, los numerales 5, 9, 16 y 23 del artículo 85 de la presente Ley que le corresponde cumplir a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*
4. *Emitir concepto previo sobre el proyecto de presupuesto unificado y sobre el proyecto del plan sectorial de desarrollo para la Rama Judicial antes de que sean adoptados por la Sala Administrativa y el Consejo en pleno respectivamente.*

5. *Dictar su propio reglamento y el de las Comisiones Seccionales interinstitucionales de la Rama Judicial.*

6. *Declarado Inexequible Sentencia Corte Constitucional 37 de 1996*

7. *Las demás que le atribuye la ley y el reglamento.*

El Ministro de Justicia y del Derecho participará por derecho propio en las reuniones de la Comisión en las que se discutan asuntos relativos al presupuesto unificado y al Proyecto de Plan Sectorial de Desarrollo para la Rama Judicial a que se refiere el numeral 4 de esta norma.

PARÁGRAFO. *El concepto previo de que tratan los numerales 3 y 4 del presente artículo no obligará a la Sala Administrativa”.*

Aunado a lo anterior el artículo 18 transitorio agregó una competencia más respecto de las elecciones de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial y fue la de **organizar las elecciones** (véase numeral a) del numeral 1 del artículo precitado.

En consecuencia, no puede afirmarse *per se* que existe incompetencia por la derogatoria de la Ley 270 de 1996 y del Reglamento de la Comisión Interinstitucional contenido en el Acuerdo 01 de 1996, por cuanto queda incólume el sustento normativo constitucional en que se apoyó y sustentó el Acuerdo demandado, esto es, precisamente el Acto Legislativo 02 de 2015, que como ya se vio le asignó a la Comisión Interinstitucional, en forma temporal, por una parte, organizar las elecciones del primer Consejo de Gobierno Judicial y, por otra, continuar en el ejercicio de sus funciones *“hasta que sea integrado el Consejo de Gobierno Judicial y sea elegido el Gerente de la Rama Judicial”*.

Se puede afirmar entonces que estamos frente a la figura de la retrospectividad o ultra-actividad de la norma constitucional frente al régimen y sistema anterior debido a la etapa de transición en la que se encuentra el reemplazo de la estructura directiva de la Rama Judicial, sin que sea viable entender, como lo pretende el actor desde una interpretación exegética, que el alcance sistemático y acorde al régimen de transición determinado por el Constituyente derivado es que aún no se logre implementar en forma exacta la organización conforme a la nueva reforma constitucional y que el mismo Acto Legislativo permitió al establecer esa transición.

Frente al artículo 5 del Acuerdo 01 de 1996 que establece como las funciones el Presidente de la Comisión Interinstitucional las siguientes:

1. Presidir las sesiones de la Comisión

2. Preparar el orden del día que se someterá a consideración de la Comisión.
3. Convocar a reuniones extraordinarias, cuando se den las circunstancias previstas en la Ley Estatutaria de la Justicia (artículo 96 inciso tercero de la Ley Estatutaria)
4. Firmar los acuerdos, resoluciones, actas y los pronunciamientos que expida la Comisión.
5. Las demás que le asigne la Ley.

Tal como lo indica el actor, no se señalan competencias de realizar procesos eleccionarios, pero, aunque no lo menciona el demandante, el artículo 19 del mismo acuerdo establece que la Comisión Interinstitucional señalará el procedimiento para las elecciones de los representantes, así:

"De los representantes ante las Comisiones Interinstitucionales y Seccional Interinstitucional de la Rama Judicial. La Comisión Interinstitucional señalará el procedimiento para la elección del representante de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial prevista en los incisos primeros de los artículos 96 y 102 de la Ley Estatutaria de la Justicia".

En consecuencia, no es dable afirmar que la Comisión Interinstitucional carecía de competencia para organizar y/o señalar el procedimiento para la elección de los representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial. Por lo tanto **el cargo no prospera**.

SEGUNDO CARGO. Incompetencia de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial para regular requisitos y procedimientos en la elección de los Representantes de los Jueces y magistrados de Tribunal y Empleados de la Rama Judicial, porque el Acto Legislativo 02 de 2015, en su artículo 18 otorga una única función a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, que es la referida a "**organizar**" las elecciones de los representantes de las bases judiciales al Consejo del Gobierno Judicial, y se excedió dicha competencia en los artículos 2º, 3º, 5º, 10, 11, 12 y 15 del Acuerdo No. 06 de 2015.

Específicamente porque (i) regula situaciones administrativas con vocación de permanencia para lo cual la Comisión Interinstitucional carece de habilitación constitucional y legal (art. 2º), (ii) establece causales de inhabilidad (art. 3º), (iii) consagra requisitos habilitantes para participar en la convocatoria (art. 5º), (iv) Regula mecanismos de garantía del principio de transparencia y asignación de competencias por vía de reglamento a órganos de control, autoridades administrativas y Registraduría (arts. 10, 11, 12 y 15), y v) Regula aspectos

como jurados de votación (artículo 10º), participación de veedurías (artículos 10 y 15), voto electrónico y censo electoral (Anexo Acuerdo No. 6 de 2015. Protocolo para el proceso de elección de los magistrados de tribunales y jueces de la República y empleados de las Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial), que por ser parte esencial de las garantías son competencia del legislador, precisa el demandante.

Frente a lo anterior considera el Despacho, es menester profundizar en la competencia asignada a la Comisión Interinstitucional -señalada en el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015-, relacionada con la organización de elecciones para escoger a los representantes de los magistrados de tribunal y los jueces y de los empleados judiciales.

Efectivamente como lo manifiesta el demandante el literal a) del numeral 1) del artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015 otorga a la Comisión Interinstitucional únicamente la facultad de "**organizar las elecciones**".

Organizar, de conformidad con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (edición 22ª) tiene las siguientes acepciones:

1. tr. Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados. U. t. c. prnl.
2. tr. Poner algo en orden.
3. tr. Hacer, producir algo. *Organizaron una pelea*. U. t. c. prnl.
4. tr. desus. Disponer el órgano para que esté acorde y templado.
5. prnl. Dicho de una persona: Ordenarse las actividades o distribuirse el tiempo.

Y las **elecciones**, conforme a la misma obra:

1. f. Acción y efecto de elegir.
2. f. Designación, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc.
3. f. Libertad para obrar.
4. f. pl. Emisión de votos para designar cargos políticos o de otra naturaleza.

Elecciones primarias.

1. f. pl. **Elecciones** que se hacen para designar a un candidato en unas futuras **elecciones**.

Es así como, de sus acepciones se tiene que, la facultad otorgada tiene que ver únicamente con establecer, reformar, disponer, poner en orden la designación por votos para un cargo.

- i) En el caso concreto, el actor señala que el artículo 2º del Acuerdo No. 06 de 2015, regula situaciones administrativas con vocación de permanencia para lo cual la Comisión Interinstitucional carece de habilitación constitucional y legal, al señalar:

“La Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial dará aplicación a este reglamento para la elección del Representante de los magistrados de Tribunales y Jueces de la república y del Representante de los empleados de la Rama Judicial que conformarán el Consejo de Gobierno Judicial, **o cuando se susciten ausencias definitivas por retiro del servicio, retiro de la carrera judicial, renuncia o la representación y muerte; o temporales, por comisión de estudios, comisión especial o licencias**”

En este punto, como ya fue señalado anteriormente en este mismo auto, la Comisión Interinstitucional ejercerá sus funciones hasta que sea integrado el Gobierno Judicial y sea elegido el gerente de la Rama Judicial y se le asignó, de forma temporal, la competencia para organizar las elecciones del primer Consejo de Gobierno Judicial.

Así mismo, hasta tanto no se expida una ley estatutaria que regule el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial, en aras de garantizar la permanente presencia y participación de los sectores de jueces y magistrados, por un lado, y empleados, por el otro, y teniendo en cuenta que la autorización para **organizar** las elecciones sectoriales sólo se ha otorgado por el Constituyente derivado por una vez (la primera), considera el Despacho que parte de esa logística **organizacional** debe procurar la consecución de dichos fines y reconocer que existen situaciones administrativas que pueden limitar o hacer nugatorio tal propósito, las circunstancias que pueden afectar la prestación del servicio público y, por ende, la pertenencia al Consejo de Gobierno judicial, para permitir que en el evento de acaecer -como parte del primer proceso electoral- se posibilite realizar las elecciones de los reemplazos de los representantes que se hallen incursos en determinadas circunstancias administrativas, que impliquen la separación del cargo como son las ausencias definitivas o la imposibilidad de ejercer la representación en determinadas ausencias temporales como la comisión especial de estudios o licencias.

Por lo tanto, considera este Despacho, que la regulación sobre las elecciones de los representantes de los Magistrados de Tribunales, Jueces y Empleados judiciales en casos de ausencias, plasmadas en este artículo, no son contrarias a su competencia de **organización** bajo

el entendido que son aplicables **únicamente** mientras se expide la ley estatutaria que regule el tema.

En consecuencia, en este punto **el cargo no prospera**.

- ii) Indica el demandante que el artículo 3º del Acuerdo N. 06 de 2015 consagra una causal de inhabilidad al señalar que:

Tendrán derecho a ser elegidos los Magistrados de tribunales y Jueces de la República y los empleados de la Rama Judicial que **acrediten su calidad de servidores de la justicia y no hayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años**”.

Al respecto considera este Despacho que frente a la obligación de acreditar la calidad de servidores de la justicia no existe contradicción ni desbordamiento alguno, respecto a las normas constitucionales y legales que enmarcan la competencia de la Comisión Interinstitucional de **organizar** las elecciones, puesto que estas normas señalan que se trata del proceso y procedimiento¹¹ para elegir a los representantes de los Jueces y magistrados, por una parte, y Empleados de la Rama Judicial, por la otra. Por lo tanto, exigir tal acreditación de servidor público de la Rama Judicial no excede la facultad de organización de elecciones otorgada, toda vez que se entiende como una consecuencia propia del proceso de verificación para ser representante de los Jueces, Magistrados y Empleados en la medida en que el artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 señala que su elección será realizada por voto directo de sus **pares** (literal a), numeral 1º), condición que impone que elegido y elector pertenezcan al mismo sector: jueces y magistrados, por un lado, y empleados, por el otro, condición que pretende garantizar la democratización en el manejo del gobierno judicial.

No sucede igual en cuanto a “*que no hayan sido sancionados en los últimos 5 años*”, para ser elegidos Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial, condición respecto de la cual advierte este Despacho que sí se excede la facultad otorgada, puesto que establecer tal condición no hace parte de las funciones de organización electoral, que tienen que ver con señalar un procedimiento, un conjunto de pasos para lograr la elección de los representantes, sino que, se establece un requisito que, además, no existe en ninguna norma superior para ejercer como servidor público.

Es así que el artículo 38.2 de la Ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario, establece como causal inhabilitante para ser servidor público haber sido sancionado **3 veces en los últimos**

¹¹ Entendido proceso como el conjunto de etapas organizadas secuencial e independientemente que permiten la consecución de un resultado; y procedimiento como la descripción de las actividades que se requieren para el adelantamiento de ese proceso, señalando la actividad, los responsables, etc.

5 años¹² y en los artículos 150¹³ y 151¹⁴ de la Ley 270 de 1996, que regulan las inhabilidades para los servidores de la Rama Judicial no aparece tal causal.

En virtud de lo anterior, el cargo sí prosperará y se suspenderá el aparte “(...) que no hayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años.”, por cuanto se ha creado una inhabilidad por un órgano diferente al Congreso de la República, sin que exista autorización constitucional que ampare tal actuar.

- iii) Manifiesta el actor que el artículo 5° del Acuerdo No. 06 de 2015. Modificado por el Acuerdo No. 07 de 2015, establece requisitos habilitantes al señalar que:

12 Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...) 2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

13 Artículo 150. Inhabilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial. No podrá ser nombrado para ejercer cargos en la Rama Judicial:

1. Quien se halle en interdicción judicial.
2. Quien padezca alguna afección mental que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del cargo, debidamente comprobada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.
4. Quien esté suspendido o haya sido excluido de la profesión de abogado. En este último caso, mientras obtiene su rehabilitación.
5. Quien haya sido destituido de cualquier cargo público.
6. Quien haya sido declarado responsable de la comisión de cualquier hecho punible, excepto por delitos políticos o culposos.
7. El que habitualmente ingiera bebidas alcohólicas y el que consuma drogas o sustancias no autorizadas o tenga trastornos graves de conducta, de forma tal que puedan afectar el servicio.

PARAGRAFO. Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente artículo y aquéllos respecto de los cuales surge inhabilidad en forma sobreviniente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.

14 Artículo 151. Incompatibilidades para ejercer cargos en la Rama Judicial. Además de las provisiones de la Constitución Política, el ejercicio de cargos en la Rama Judicial es incompatible con:

1. El desempeño de cualquier otro cargo retribuido, o de elección popular o representación política; los de árbitro, conciliador o amigable componedor, salvo que cumpla estas funciones en razón de su cargo; de albacea, curador dativo y, en general, los de auxiliar de la justicia.
2. La condición de miembro activo de la fuerza pública.
3. La calidad de comerciante y el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales.
4. La gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio.
5. El desempeño de ministerio en cualquier culto religioso.

Parágrafo 1°. Estas prohibiciones se extienden a quienes se hallen en uso de licencia.

Parágrafo 2°. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial podrán ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.

Parágrafo 3°. Las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los artículos 150 y 151 se aplicarán a los actuales funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

“b) Los candidatos en el momento de la inscripción deben adjuntar a su aspiración una planilla con un número de firmas de sus pares, que respalden sus candidaturas equivalentes al 20% del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, siempre y cuando la Ley no regule un porcentaje diferente. Dichas planillas deben contener el nombre del servidor público, número de cédula de ciudadanía y despacho dependencia a la cual pertenece, información que será verificada por la Dirección Ejecutiva de la Seccional a la que se encuentre vinculado el candidato.

Parágrafo: La regla aplica para la inscripción de los candidatos por cada Seccional. Las elecciones se realizarán con base en los dos listados generales consolidados por la Comisión Interinstitucional Nacional, esto es un listado de los candidatos para representar a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y otro listado nacional para los Empleados Judiciales.

Observa el Despacho, que la exigencia de acompañar la inscripción con firmas que equivalgan el 20 % del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, no es un paso o escalón, dentro del procedimiento para elegir los representantes de los magistrados, jueces y empleados de la Rama, sino que se constituye en un requisito, que a todas luces es contrario a la facultad otorgada de organización electoral.

Exigir firmas que representen el 20% del número de funcionarios o empleados de la Seccional, es una carga adicional que estableció la Comisión Interinstitucional, sin estar facultada para ello, y que además no tiene ningún fundamento, pues establecer el 20% resulta arbitrario ya que no existen estudios o argumentos que sustenten esa cifra y puede ser cualquier otra: el 15% o 5% o el 30%.

Tal como ya se ha señalado, la competencia de la Comisión en materia de las elecciones de los representantes, es únicamente para **organizar** el proceso electoral, que culmine con la escogencia de los representantes por votos de sus compañeros, pero no tiene facultad reglamentaria ni extraordinaria de legislador, ni puede de ninguna manera equiparar estas elecciones sectoriales a elecciones populares o a los mecanismos de participación ciudadana que requieren apoyos de firmas para su inscripción o para el inicio del proceso. Pues en esos casos los apoyos por firmas van a respaldar inscripciones de candidatos para elecciones por voto popular y/o iniciativas en mecanismos de participación en los que interviene la ciudadanía en general, que nada tienen que ver con elecciones sectoriales, como las de los representantes de los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, en las que la participación se limita a estos sectores.

Tal exigencia se erige entonces en una limitación al ejercicio del derecho para el que el Acto Legislativo 02 de 2015 no ha autorizado a la Comisión Interinstitucional, por lo que su estudio sólo puede abordarse por el encargado de la expedición de la Ley Estatutaria a la que el Constituyente derivado defirió -como corresponde al tenor de lo previsto por el artículo 150 constitucional- la consagración de todos estos aspectos.

Por lo anterior, el cargo prospera en lo referente al requisito para la inscripción de planillas con el 20% de apoyos por firmas, establecido en el literal b) y parágrafo del artículo 5°. Por ende, se suspenderán los efectos del siguiente aparte de dicha norma que se resalta en negrilla:

“Los candidatos en el momento de inscripción deben adjuntar a su aspiración una planilla con un número de firmas de sus pares, que respalden sus candidaturas equivalentes al 20% del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, siempre y cuando la Ley no regule un porcentaje diferente.

(...).”

Así mismo, teniendo en cuenta que el artículo 6° del Acuerdo 06 de 2015 remite a lo previsto por el artículo 5° que se viene de transcribir y que será suspendido en sus efectos, tal remisión habrá de ser entendida con la decisión que aquí se tomará y, por ende ha de dársele un alcance armónico, en el sentido que no se puede exigir para la inscripción de aspirantes el requisito del 20% de respaldo del censo de la respectiva seccional, contemplado en el literal b) del artículo 5° suspendido.

“Artículo 6°. (...) con la documentación señalada en el artículo 5° de este acuerdo”

Ahora bien, como consecuencia de la anterior declaración, el Despacho considera que se hace necesario modificar el calendario electoral que prevén los Acuerdos 06 (artículos 6, 7, 8 y 9) y 07 de 2015 (artículos 1, 2 y 3, toda vez que se debe garantizar la participación de todos los integrantes de la Rama Judicial y no sólo de aquellas personas que se inscribieron con el apoyo del 20% que contemplaba la disposición objeto de suspensión.

Valga la pena aclarar que las inscripciones ya realizadas deben ser respetadas de conformidad con el principio de confianza legítima¹⁵ y en garantía de la seguridad jurídica

que se predica de dichas situaciones, pues se adelantaron según la normativa vigente al momento de la inscripción. En otras palabras, esto significa que los inscritos con el apoyo del 20%, por ese solo hecho, no se haya efectuado irregularmente.

Razón por la cual, el Despacho considera que estas inscripciones deberán concurrir con las nuevas inscripciones a las cuales, según lo expuesto, no se les podría exigir el apoyo de firmas en aplicación del principio de armonización concreta que impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro.¹⁶

En efecto, el citado principio de armonización concreta obliga al intérprete, en este caso el operador judicial, a que maximice la efectividad de cada bien jurídico en juego. En este caso, además, se encuentra la necesidad de adoptar una decisión que sea indispensable para permitir la máxima efectividad del Acto Legislativo 02 de 2015.

Las leyes y los actos administrativos llamados a desarrollar dicha modificación constitucional deben propender por la dinamización y por la eficacia de la norma a la cual deben su existencia. Además, deben responder a los principios expresos e *insitus* constitucionales “*mediante su armonización en la situación concreta... cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios como derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2. C. P.) y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios derechos*”¹⁷

Dentro de este contexto, el Despacho reitera que es evidente que se necesita adecuar los citados artículos que contienen las fechas del calendario electoral a fin de que estas se adapten al derecho político que tienen los miembros de la Rama Judicial a participar efectivamente y en condiciones de igualdad en la elección de los representantes de los magistrados de Tribunales y jueces de la República y empleados de la Rama Judicial a fin de conformar el Consejo de Gobierno Judicial.

De lo contrario, la decisión cautelar devendría inane y desconocería los principios básicos del Estado Social de Derecho, en especial, el marco jurídico, democrático y participativo llamado a garantizar el orden político y social justo, incluso respecto de los estamentos institucionales cuando de elecciones internas se trate.

15 “El principio de confianza legítima brinda “protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado”.

La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa se ha valido del principio de confianza legítima para proteger los derechos

fundamentales de los administrados entendiéndolo como un principio que, a pesar de ser derivado de otros, adquiere una “identidad propia en virtud de las propias reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado”, por lo que la confianza en el Estado no es sólo deseable, sino también jurídicamente exigible”. Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia del 12 de diciembre de 2013. M.P. Alberto Yepes Barreiro (E).

16 Sentencia T-425 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Ibidem.

Por contera y en estos términos se hace necesario ponderar dos aspectos:

-El primero tiene que ver con el hecho de que una de las finalidades del Acto Legislativo 02 de 2015 fue democratizar la administración y organización de la Rama Judicial permitiendo la participación de los representantes de magistrados de los Tribunales, de los jueces de la República y de los empleados de la Rama Judicial en la conformación del Consejo de Gobierno Judicial. El único requisito que se previó para tal efecto, se reitera, es pertenecer a uno de dichos sectores.

-El segundo hace referencia a que debe tenerse presente que el constituyente en el artículo 18 transitorio, numeral 1º, literal a), fue enfático en prescribir que los miembros del Consejo de Gobierno Judicial debían ser designados o electos dentro de dos meses contados a partir de la entrada en vigencia de este Acto Legislativo, es decir, a partir del primero de julio de 2015. Además los actos administrativos demandados (Acuerdos 06 y 07 de 2015) fueron expedidos el 17 y 30 de julio de 2015, respectivamente y la demanda se presentó el 31 de julio¹⁸.

Bajo tales condiciones, el Despacho advierte que si bien lo ideal sería establecer para los candidatos que se presenten con ocasión de la decisión que contiene esta providencia un término de inscripción (y por ende candidatura) igual al que preveía el Acto Legislativo de marras y del cual gozaron los inicialmente inscritos, lo cierto es que ese plazo de dos meses establecido por el Constituyente derivado ha corrido en varios días, razón por la cual desde una ponderación¹⁹ razonada de la situación concreta y en aras de establecer un equilibrio práctico entre los derechos de los implicados - que garantice su efectivo ejercicio y que a su vez haga viable el proceso electoral-, se establecerán unos plazos que permitan la concurrencia de todos los miembros de la Rama Judicial²⁰.

En consecuencia, se entiende que los plazos previstos en los artículos 6º, 7º, 8º y 9º del Acuerdo 06 de 17 de julio de 2015 y los artículos 1º, 2º y 3º del Acuerdo 07 de 30 de julio de 2015, respecto de los candidatos que se inscriban con ocasión de lo resuelto en esta providencia²¹ son los siguientes:

18 Fue corregida el 20 de agosto pasado.

19 "En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante esta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de los demás y de la colectividad". T-425 de 1995.

20 Necesaria se hace esta ponderación en razón a que el Acto Legislativo previó que el plazo máximo para que se adelante la elección corre hasta el próximo 1º de septiembre de 2015, so pena de que al vencer tal plazo la materialización del propósito de la reforma constitucional pueda verse en peligro, en la medida en que aun cuando pudiese ser discutible se podría plantear que la elección luego del 1º de septiembre violaría la norma constitucional y con el mismo rigor y propósito opuesto que ante la ausencia de norma que establezca pérdida de competencia por vencimiento del término bien podría adelantarse. Pero, en todo caso generándose una discusión que desde ahora puede y debe zanjarse a través de los juicios de armonización, proporcionalidad y ponderación a los que en diversas oportunidades ha acudido la propia Corte Constitucional.

21 Los plazos en relación con los candidatos ya inscritos son los que ya se surtieron y su inscripción ha de mantenerse incólume.

Fecha	Actividad
Miércoles 26 y jueves 27 de agosto de 2015	Inscripciones
Viernes 28 agosto de 2015	Elaboración listas de inscritos por cada Comisión Seccional Interinstitucional
Sábado 29 de Agosto de 2015	Sorteo: Se sortearán los números de identificación de los candidatos, únicamente de los nuevos inscritos. (se mantendrán los números de identificación ya sorteados y se partirá del número siguiente no asignado para realizar el sorteo de los nuevos inscritos). La Comisión Interinstitucional elaborará la lista definitiva de inscritos a nivel nacional la cual dará a conocer y publicará el mismo sábado en la página web de la Rama Judicial.
Martes 1 de Septiembre de 2015	Elecciones*, envío de datos verificados y consolidados, y consolidación de resultados en que se establezcan los candidatos con mayor número de votos.
Miércoles 2 de septiembre de 2015	Declaratoria de elección

*El Acto Legislativo 02 de 2015 señala el término de dos meses para realizar las elecciones.

- iv) Los artículos 10, 11, 12 y 15 del Acuerdo 06 de 2015, regulan mecanismos de garantía del principio de transparencia y asignación de competencias por vía de reglamento a órganos de control, autoridades administrativas y Registraduría respecto de los cuales la Comisión Interinstitucional carece de competencia.

“Artículo 10. De los jurados de votación: cada mesa de votación contará con dos servidores judiciales, uno para cada uno de los Magistrados de tribunales y Jueces de la república, y otro para la urna de los empleados de la Rama Judicial (...)”

“parágrafo 2. El proceso de designación de jurados de votación se hará en presencia de un testigo designado por la Procuraduría General de la Nación”.

“Artículo 11. Para efectos de la votación la Camisones Interinstitucionales Seccionales, junto con las Direcciones Ejecutivas Seccionales y **con el apoyo de la Registraduría Nacional del Estado Civil**, serán las encargadas de la ubicación estratégica de las mesas de votación, de acuerdo de las mesas de votación, **de acuerdo con el censo electoral y el mapa judicial en cada distrito.**”

“Artículo 12. Los despachos judiciales del país que tengan dificultades de conectividad contarán con kioscos “vive digital” y puntos “vive digital”, facilitados para este fin por el **Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones que están instalados en todos los municipios del país**”.

“Artículo 15 La Presidencia de la Comisión Interinstitucional Nacional, **en presencia de un delegado de la Procuraduría General de la Nación**, realizará la consolidación de los resultados de votación y señalará el 28 de agosto hasta la media noche los candidatos con mayor número de votos.”

Efectivamente, tal como lo manifiesta el demandante, asignar competencias a entidades autónomas como la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, es abiertamente inconstitucional e ilegal, por una vía como la que se materializa a través de los actos cuestionados, pues viola todos los principios generales establecidos en la Constitución del estado de derecho, tridivisión de poderes, y autonomía de los organismos de control, entre otros; sin embargo, entiende el Despacho que la regla ha de analizarse bajo el entendido que la presencia de funcionarios de los organismos de control y el apoyo de la Organización Electoral y el Ministerio de las Comunicaciones, tiene que ver con el mandato de separación funcional y colaboración armónica de las entidades estatales, dentro de sus competencias, asignadas por la Constitución y la ley, tal como lo advierte el inciso final del artículo 113 de la Carta²²; no se trata de la asignación de nuevas competencias, sino de solicitudes de acompañamiento y apoyo por parte de la Comisión Interinstitucional a otros organismos del Estado siempre dentro del marco de sus facultades y competencias Constitucionales y Legales, destinatarios estos que al atender las solicitudes deberán verificar si su marco funcional les permite tal apoyo.

Por lo tanto **no prospera el cargo.**

v) Por último el actor refiere que la reglamentación obre jurados de votación, veedurías, voto electrónico y censo electoral, por ser aspectos que forman parte esencial de las garantías que deben rodear la convocatoria son de competencia exclusiva del legislador.

Al respecto este Despacho considera que las disposiciones sobre estas temáticas tienen que ver con el procedimiento de elección, con el paso a paso de la organización de las elecciones pues son aspectos operativos y logísticos necesarios para elegir a los representantes de los jueces, magistrados y empleados judiciales y, por ende,

²² “Los diferentes órganos del estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

se encuentran dentro de la órbita de competencia asignada a la Comisión Interinstitucional; por lo tanto el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, con fundamento en los artículos 231 y 234 del CPACA, el Despacho,

III. RESUELVE

PRIMERO. DECRETAR la suspensión provisional de los siguientes apartes de los artículos 3º y 5º del Acuerdo No. 06 de 2015, con sus respectivas modificaciones en el Acuerdo No. 07 de 2015, expedidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial el 17 y 30 de Julio de 2015 respectivamente:

"Artículo 3. (...) y no hayan sido sancionados disciplinariamente en los últimos 5 años".

"Artículo 5. (...) b) Los candidatos en el momento de la inscripción deben adjuntar a su aspiración una planilla con un número de firmas de sus pares, que respalden sus candidaturas equivalentes al 20% del número de funcionarios o empleados aptos para votar en la respectiva seccional, siempre y cuando la Ley no regule un porcentaje diferente.

Dichas planillas deben contener el nombre del servidor público, número de cédula de ciudadanía y despacho dependencia a la cual pertenece, información que será verificada por la Dirección Ejecutiva de la Seccional a la que se encuentre vinculado el candidato.

Parágrafo: La regla aplica para la inscripción de los candidatos por cada Seccional. Las elecciones se realizaran con base en los dos listados generales consolidados por la Comisión Interinstitucional Nacional, esto es un listado de los candidatos para representar a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y otro listado nacional para los Empleados Judiciales".

En consecuencia, se **DISPONE**:

SEGUNDO. ENTIÉNDASE que los plazos previstos en los artículos 6º, 7º, 8º y 9º del Acuerdo 06 de 17 de julio de 2015 y los artículos 1º, 2º y 3º del Acuerdo 07 de 30 de julio de 2015, respecto de los candidatos que se inscriban con ocasión de lo resuelto en esta providencia serán los siguientes:

Miércoles 26 y jueves 27 de agosto de 2015	Inscripciones
Viernes 28 agosto de 2015	Elaboración listas de inscritos por cada Comisión Seccional Interinstitucional
Sábado 29 de Agosto de 2015	Sorteo: Se sortearán los números de identificación de los candidatos, únicamente de los nuevos inscritos. (Se mantendrán los números de identificación ya sorteados y se partirá del número siguiente no asignado para realizar el sorteo de los nuevos inscritos). La Comisión Interinstitucional elaborará la lista definitiva de inscritos a nivel nacional la cual dará a conocer y publicará el mismo sábado en la página web de la Rama Judicial.
Martes 1º de Septiembre de 2015	Elecciones*, envío de datos verificados y consolidados, y consolidación de resultados en que se establezcan los candidatos con mayor número de votos.
Miércoles 2 de septiembre de 2015	Declaratoria de elección

*El Acto Legislativo 02 de 2015 señala el término de dos meses para realizar las elecciones.

TERCERO. ENTIÉNDASE que el alcance del artículo 6º del Acuerdo 6 de 2015, modificado por el artículo 1º, del Acuerdo 7 de 2015 debe ser armónico a la medida de suspensión provisional del literal b) del artículo 5º del Acuerdo 6 de 2015, en el sentido de que no se puede exigir el requisito del 20% del censo de la respectiva seccional.

CUARTO. COMUNÍQUESE a la Nación (Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), a la Comisión

Interinstitucional (todos sus miembros de conformidad con el art. 96 de la Ley 270 de 1996), al actor, al agente el Ministerio Público, a las personas inscritas en el proceso eleccionario, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de conformidad con lo establecido en el artículo 234 del CPACA.

Notifíquese²³ y cumplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

23 Esto por la naturaleza del medio de control del que se trata y del auto cuya orden debe cumplirse inmediatamente al tenor de lo previsto por el artículo 234, pero siendo interlocutorio debe ser notificado.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Admisión de la demanda

Habida cuenta que se reúnen los requisitos formales previstos por los artículos 162 y 163 del CPACA, procede la admisión por cuanto: i) se trata de un medio de control de naturaleza pública, que no requiere agotar requisito de procedibilidad; ii) la incoa el actor en su condición de ciudadano; iii) las pretensiones y los actos administrativos generales demandados fueron individualizados y, se acreditó que los mismos se encuentran publicados en la web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co; iv) se identificaron las partes con sus respectivas direcciones para notificación; v) La demanda se presentó en forma separada y se explicaron sus fundamentos fácticos y el concepto de violación, con indicación de las normas que se estiman transgredidas y vi) se cuenta con un acápite de pruebas y anexos. En cuanto a la causa petendi recae sobre la nulidad del acto de convocatoria para elegir el representante de Magistrados de Tribunales, Jueces y Empleados al Consejo de Gobierno Judicial y la conformación de este, contenido en el Acuerdo N°. 06 de 17 de julio de 2015 y la modificación y aclaración al mismo contenida en el Acuerdo N° 07 del 30 de julio de 2015, ambos proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial. Así las cosas, en razón al carácter general y regulatorio de los actos acusados, desde su óptica normativa y aplicación erga omnes, puesto que no atiende simplemente al concepto de acto de convocatoria de mero trámite, en tanto se trata de un acto de contenido electoral que fija el proceso de elección de los Representantes de los magistrados de tribunales y jueces de la República y empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial, esta Sección de conformidad con el artículo 149.1 del CPACA y 13 del Acuerdo 58 del 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003 - Reglamento del Consejo de Estado - le corresponde su trámite bajo el proceso ordinario regulado en los artículos 179 y ss. del CPACA.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Una vez corregida la demanda, conforme a los requerimientos efectuados en el auto de 13 de agosto de 2015, procede el Despacho, con fundamento en el artículo 171 del CPACA, a pronunciarse

sobre la admisión de la demanda de nulidad de contenido electoral presentada por el ciudadano Federico González Campos contra los Acuerdos Nos. 6¹ y 7² del 17 y 30 de julio 2015, respectivamente, proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad, la parte actora incoó demanda con el objeto de que se declare la nulidad de los Acuerdos 06 y 07 de 17 y 30 de julio de 2015, ambos proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial. (fl. 86-corrección de la demanda)

2. Fundamentos fácticos

En síntesis, el accionante señala en su escrito de demanda los siguientes:

2.1. El 7 de julio³ de 2015, el Congreso de la República publicó el Acto Legislativo N°. 02 de 1° de julio de 2015, por medio del cual se adoptó la llamada reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictaron otras disposiciones que modificaron la estructura de gobierno y administración del poder judicial.

2.2. Con el artículo 15 de ese Acto Legislativo se reemplazó el artículo 254 de la Constitución Política y se creó el Consejo de Gobierno Judicial como autoridad encargada, entre otras competencias, de definir las políticas de la Rama Judicial.

2.3. El artículo 18 transitorio de la citada reforma constitucional, estableció que el Gobierno Nacional antes del 1° de octubre de 2015 debe presentar un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial y hasta tanto esta se expida, los miembros del Consejo de Gobierno Judicial deben designarse mediante elecciones que *“serán organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial”*.

2.4. El citado artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 dispone igualmente en el literal a) del numeral primero que las elecciones de los representantes de magistrados de tribunal y los jueces y de los empleados judiciales serán **organizadas** por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, así:

“ARTÍCULO 18. TRANSITORIO. *El Gobierno Nacional deberá presentar antes de 1o de octubre de 2015 un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.*

1 “Por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno Judicial”.

2 “Por el cual se modifica y se aclara el Acuerdo N° 06 del 17 de julio de 2015”.

3 Aunque el actor refiere que el Acto legislativo se publicó el 7 de julio de 2015, lo cierto es que ello acaeció el 1° de julio según consta en el Diario Oficial N° 49.560.

Las siguientes disposiciones regirán hasta que entre en vigencia dicha ley estatutaria:

1. Los órganos de gobierno y administración judicial serán conformados así:

a) Los miembros del Consejo de Gobierno Judicial deberán ser designados o electos dentro de dos meses contados a partir de la entrada en vigencia de este Acto Legislativo. Las elecciones del representante de los magistrados de tribunal y los jueces y del representante de los empleados judiciales serán realizadas por voto directo de sus pares de la Rama Judicial. Las elecciones serán organizadas por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.”

2.5. A su vez el último inciso del artículo 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 **derogó** los numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 97 y el numeral 6 del artículo 131 de la Ley 270 de 1996.

2.6. Asegura el actor que los Acuerdos demandados pretenden dar cumplimiento a lo previsto en la parte final del literal a), numeral primero del artículo 18; sin embargo, estima que además de organizar las elecciones, la Comisión Interinstitucional realizó la convocatoria pública y asignó funciones a otros órganos del poder público.

2.7. Que los actos demandados señalaron fundarse en los artículos 97 de la Ley 270 de 1996 y 5º del Reglamento de la Comisión Interinstitucional (Acuerdo 1 de 1996). El primero derogado expresamente por el inciso final del artículo 18 del Acto legislativo 02 de 2015 (numerales 3, 4, 5 y 7 del artículo 97 de la Ley 270 de 1996) y el segundo, refiere únicamente a las funciones del presidente de la Comisión Interinstitucional, dentro de las cuales no se asigna la competencia de convocar elecciones.

2.8. Que del artículo 97 de la Ley 270 de 1996, solo quedan vigentes los numerales 1º y 2º que señalan:

“1. Contribuir a la coordinación de las actividades de los diferentes organismos administrativos de la Rama Judicial

2. Solicitar informes al auditor responsable de dirigir el sistema de control interno de la Rama Judicial.”

2.9 Que la única competencia estatuida por el constituyente delegado era la referida a **“organizar”** las elecciones de los representantes de las bases judiciales al Consejo de Gobierno Judicial.

II. CONSIDERACIONES

1. De la admisión de la demanda

Mediante auto de 13 de agosto de 2015, este Despacho atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal ordenó escindir las demandas presentadas en ejercicio de los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad y de simple nulidad de contenido electoral, porque de conformidad

con los artículos 164 y 184 del CPACA, no pueden ser tramitadas dentro de un mismo proceso.

Así mismo, en auto separado se pronunció sobre los requisitos legales de la misma e inadmitió la demanda por las siguientes razones:

“1. Comoquiera que el Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, acto demandado, fue modificado, en aspectos que serían objeto del debate, por el No. 07 emanado de la misma Comisión el 30 de julio de 2015, y que el artículo 163 del CPACA no hace referencia a tener como demandadas las decisiones administrativas expedidas de oficio por la administración sino a aquellas que se producen para resolver los recursos, el actor deberá incluir, si a bien lo tiene, las pretensiones que atañen a dicho acto modificatorio.

2. El señor González Campos demanda actos administrativos de carácter general pese a ello no acreditó las publicaciones de los mismos en los términos del artículo 166.1 del CPACA en armonía con el 65 de la misma codificación, ni indicó que se encontraba en algunas de las hipótesis que establece el inciso segundo del numeral primero del artículo 166 ibídem⁴. Por lo tanto, deberá corregir tal falencia.

3. El accionante también deberá adecuar el escrito de demanda en estricto cumplimiento a lo ordenado en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 162 del CPACA puesto que en el libelo inicialmente allegado no existe claridad de los fundamentos de hecho y derecho en razón a que con en el mismo pretendía demandar en simple nulidad y en nulidad por inconstitucionalidad.”

El demandante presentó escrito de corrección (fls. 85 y ss.) en el cual: **i)** incluyó dentro de las pretensiones la solicitud de nulidad del Acuerdo 07 de 2015, que modificó el acto inicialmente demandado, **ii)** acreditó la publicación de los actos demandados en la página web institucional de la Rama judicial www.ramajudicial.gov.co y **iii)** adecuó el escrito de conformidad con lo indicado en el auto inadmisorio, proferido por este Despacho el 13 de agosto de 2015.

Habida cuenta que se reúnen los requisitos formales previstos por los artículos 162 y 163 del CPACA, procede la admisión por cuanto: **i)** se trata de un medio de control de naturaleza pública, que no requiere agotar requisito de procedibilidad; **ii)** la incoa

⁴ Tal aparte de la norma dispone: “(...) Que el acto no se haya publicado, o se deniegue la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considera prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentra el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiera publicado de acuerdo con la ley (...). Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales”.

el actor en su condición de ciudadano; **iii**) las pretensiones y los actos administrativos generales demandados fueron individualizados y, se acreditó que los mismos se encuentran publicados en la web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co; **iv**) se identificaron las partes con sus respectivas direcciones para notificación; **v**) La demanda se presentó en forma separada y se explicaron sus fundamentos fácticos y el concepto de violación, con indicación de las normas que se estiman transgredidas y **vi**) se cuenta con un acápite de pruebas y anexos.

En cuanto a la *causa petendi* recae sobre la nulidad del acto de convocatoria para elegir el representante de Magistrados de Tribunales, Jueces y Empleados al Consejo de Gobierno Judicial y la conformación de este, contenido en el Acuerdo N°. 06 de 17 de julio de 2015 y la modificación y aclaración al mismo contenida en el Acuerdo N° 07 del 30 de julio de 2015, ambos proferidos por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Así las cosas, en razón al carácter general y regulatorio de los actos acusados, desde su óptica normativa y aplicación erga omnes, puesto que no atiende simplemente al concepto de acto de convocatoria de mero trámite, en tanto se trata de un acto de contenido electoral que fija el proceso de elección de los Representantes de los magistrados de tribunales y jueces de la República y empleados de la Rama Judicial para integrar el Consejo de Gobierno Judicial, esta Sección de conformidad con el artículo 149.1 del CPACA y 13 del Acuerdo 58 del 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003 - Reglamento del Consejo de Estado - le corresponde su trámite bajo el proceso ordinario regulado en los artículos 179 y ss. del CPACA.

De acuerdo con las circunstancias expuestas, se advierte como se anticipó el cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 162 y 163 del CPACA, en consecuencia, **SE ADMITIRÁ** y ordenará las decisiones consecuenciales en la parte resolutive de esta providencia.

I. RESUELVE:

PRIMERO. ADMITIR la demanda de nulidad presentada por el ciudadano **FEDERICO GONZÁLEZ CAMPOS** contra el Acuerdo N° 06 de 17 de julio de 2015 expedido por la

Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial “*Por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno Judicial*” y, su modificatorio el Acuerdo 07 de 30 de julio de 2015 “*Por el cual se modifica y aclara el Acuerdo No. 06 de 17 de junio de 2015*”.

En consecuencia, se **DISPONE:**

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la Nación (Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial) y a la Comisión Interinstitucional (todos sus miembros de acuerdo con el artículo 96 de la Ley 270 de 1996), para que en el término de treinta (30) días siguientes al recibo de la notificación contesten la demanda, propongan excepciones y soliciten pruebas, de conformidad con los artículos 197 y 199 del CPACA.
2. **NOTIFÍQUESE** por estado al actor.
3. **NOTIFÍQUESE** personalmente al Agente del Ministerio Público.
4. **COMUNÍQUESE** a los candidatos inscritos que se relacionan en el artículo 2º del Acuerdo 08 de 14 de agosto de 2015 de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial publicado en la página web de la Rama Judicial.
5. **INFÓRMESE** a la comunidad sobre la existencia de este proceso de conformidad numeral 5º del artículo 171 del CPACA
6. **NOTIFÍQUESE** a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con los incisos 6º y 7º del artículo 199 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 612 del C. G. del P.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL - Elección de Representantes de los Jueces, Magistrados y Empleados de la Rama Judicial / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Suspensión provisional / COADYUVANCIA – Solicitud. Límites

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la coadyuvancia y la solicitud de medida cautelar de urgencia presentada por el señor Rubén Rodríguez Chaparro. El Despacho considera frente a la coadyuvancia presentada, que esta se aceptará, en el entendido que sus intervenciones sólo tendrán validez en cuanto avalen, coincidan y no estén en oposición a la parte que coadyuva, tal como se establece en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil (art. 71 del Código General del Proceso), por remisión expresa que hace el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en las materias no reguladas, que establece que: "El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio". Planteamiento reiterado en múltiples oportunidades por esta Corporación, y por la Sección Quinta del Consejo de Estado es que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciables, por cuanto mientras las partes actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive, señalado que su función es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada.

Por otro lado, el artículo 223 del CPACA que establece que en los procesos de nulidad, como el que nos ocupa, cualquier persona puede pedir que se le tenga como coadyuvante antes del término para aclarar, reformar o modificar la demanda y podrá formular nuevos cargos. Entonces, teniendo en cuenta que se encuentra dentro del término establecido y en razón de que con su solicitud pretende que se haga el estudio de los juicios de legalidad y constitucionalidad del Acuerdo 06 de 2015 a partir de la demanda que promovió el actor, se tendrá al señor Rubén Rodríguez Chaparro como coadyuvante. En lo referente a la medida cautelar de suspensión provisional de urgencia solicitada, observa este Despacho que, de conformidad con lo decidido en el auto de 25 de agosto de 2015 por la conductora de este proceso, la elección de los representantes de Jueces y Magistrados y Empleados de la Rama Judicial se dio el pasado 1º de septiembre de 2015. Como se indicó en esa oportunidad, lo ideal sería establecer un término de inscripción más amplio, pero el plazo de dos meses señalado por el Constituyente derivado para la realización de las elecciones de los Representantes por los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial estaba próximo a vencerse, razón por la cual desde una ponderación razonada de la situación concreta y en aras de establecer un equilibrio práctico entre los derechos de los implicados - que garantizara su efectivo ejercicio y que a su vez hiciera viable el proceso electoral -, se establecieron unos plazos que permitieran la concurrencia de todos los miembros de la Rama Judicial, y que no superaran la fecha límite establecida por el constituyente derivado.

Entonces, la solicitud de medida cautelar de urgencia para que los candidatos presenten sus hojas de vida junto con sus propuestas, ya no surtiría ningún efecto, teniendo en cuenta que ya se realizó todo el proceso electoral. Así las cosas, considera este Despacho que esta solicitud de medida cautelar de suspensión provisional no cumple con el requisito de urgencia de que trata el artículo 234 del CPACA y, como ya se explicó, por la carencia actual de objeto, tampoco sería dable darle el trámite de medida cautelar normal, puesto que cualquier pronunciamiento frente a esta no surtiría ningún efecto.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., once (11) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la coadyuvancia y la solicitud de medida cautelar de urgencia presentada por el señor **Rubén Rodríguez Chaparro**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79654314.

La solicitud de coadyuvancia recae sobre la "*demanda de nulidad electoral en todas y cada una de las pretensiones*" y "*respecto del cargo adicional presentado por el ciudadano FREDY DAVIR (SIC) MORILLO GUZMÁN*".

Solicita el señor Rodríguez Chaparro que, adicional a las medidas tomadas mediante auto de 25 de agosto de 2015, se adopte como medida cautelar de urgencia, en aras de garantizar su derecho a la igualdad como candidato de los empleados judiciales, que en la lista de inscritos por la Comisión Seccional Interinstitucional, publicada en la página web de la Rama Judicial y en los demás medios masivos de comunicación, se inserte la presentación breve de la hoja de vida del candidato o candidatos, junto con las propuestas o programas de gestión.

Señala el solicitante que, además de las falencias ya denunciadas en la demanda electoral, los Acuerdos 06 y 07 del 17 y 30 de julio de 2015, no previeron un término prudente de campaña, como tampoco la viabilidad de los respectivos permisos para realizarla, lo que genera desigualdad respecto de los candidatos que en ejercicio de permisos sindicales, entre otros, han podido "*ejercer sin talanqueras el derecho constitucional a ser elegido*". Así mismo, advierte se presenta desigualdad entre los candidatos de funcionarios y empleados, pues considera que estos últimos pueden separarse en forma más holgada de sus funciones.

Por último, solicita se adicione el numeral segundo del auto del 25 de agosto de 2015, en el sentido de otorgar un término prudente

par que los candidatos elaboren y presenten la hoja de vida con las propuestas o programa.

El Despacho considera frente a la coadyuvancia presentada, que esta se aceptará, en el entendido que sus intervenciones sólo tendrán validez en cuanto avalen, coincidan y no estén en oposición a la parte que coadyuva, tal como se establece en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil (art. 71 del Código General del Proceso), por remisión expresa que hace el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, en las materias no reguladas, que establece que: *“El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio”*.

Planteamiento reiterado en múltiples oportunidades por esta Corporación², y por la Sección Quinta del Consejo de Estado³ es que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciables, por cuanto mientras las partes actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive, señalado que su función es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada.

Por otro lado, el artículo 223 del CPACA que establece que en los procesos de nulidad, como el que nos ocupa, cualquier persona puede pedir que se le tenga como coadyuvante antes del término para aclarar, reformar o modificar la demanda y podrá formular nuevos cargos.

Entonces, teniendo en cuenta que se encuentra dentro del término establecido y en razón de que con su solicitud pretende que se haga el estudio de los juicios de legalidad y constitucionalidad del Acuerdo 06 de 2015 a partir de la demanda que promovió el actor, se tendrá al señor **RUBÉN RODRÍGUEZ CHAPARRO** como coadyuvante.

En lo referente a la medida cautelar de suspensión provisional de urgencia solicitada, observa este Despacho que, de conformidad con lo decidido en el auto de 25 de agosto de 2015 por la conductora de este proceso, la elección de los representantes de Jueces y Magistrados y Empleados de la Rama Judicial se dio el pasado 1º de septiembre de 2015.

Como se indicó en esa oportunidad, lo ideal sería establecer un término de inscripción más amplio, pero el plazo de dos meses señalado por el Constituyente derivado para la realización de las elecciones de los Representantes por los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial estaba próximo a vencerse, razón por

la cual desde una ponderación⁴ razonada de la situación concreta y en aras de establecer un equilibrio práctico entre los derechos de los implicados - que garantizara su efectivo ejercicio y que a su vez hiciera viable el proceso electoral -, se establecieron unos plazos que permitieran la concurrencia de todos los miembros de la Rama Judicial⁵, y que no superaran la fecha límite establecida por el constituyente derivado.

Entonces, la solicitud de medida cautelar de urgencia para que los candidatos presenten sus hojas de vida junto con sus propuestas, ya no surtiría ningún efecto, teniendo en cuenta que ya se realizó todo el proceso electoral.

Así las cosas, considera este Despacho que esta solicitud de medida cautelar de suspensión provisional no cumple con el requisito de urgencia de que trata el artículo 234 del CPACA y, como ya se explicó, por la carencia actual de objeto, tampoco sería dable darle el trámite de medida cautelar normal, puesto que cualquier pronunciamiento frente a esta no surtiría ningún efecto.

En virtud de lo anterior se,

RESUELVE:

PRIMERO. Tener como coadyuvante al señor **RUBÉN RODRÍGUEZ CHAPARRO** en los términos del artículo 223 del CPACA.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente al señor la aceptación de la coadyuvancia de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del CPACA.

TERCERO: Rechazar la solicitud de medida cautelar de urgencia de suspensión provisional.

CUARTO: Notifíquese por estado a los demás interesados.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

1 Art. 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2 Consejo de Estado. Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González).

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 07001-23-31-000-2009-00034-01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del Departamento de Arauca.

4 “En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante esta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de los demás y de la colectividad”. T-425 de 1995.

5 Necesaria se hace esta ponderación en razón a que el Acto Legislativo previó que el plazo máximo para que se adelanta la elección corre hasta el próximo 1º de septiembre de 2015, so pena de que al vencer tal plazo la materialización del propósito de la reforma constitucional pueda verse en peligro, en la medida en que aun cuando pudiese ser discutible se podría plantear que la elección luego del 1º de septiembre violaría la norma constitucional y con el mismo rigor y propósito opuesto que ante la ausencia de norma que establezca pérdida de competencia por vencimiento del término bien podría adelantarse. Pero, en todo caso generándose una discusión que desde ahora puede y debe zanjarse a través de los juicios de armonización, proporcionalidad y ponderación a los que en diversas oportunidades ha acudido la propia Corte Constitucional.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral - ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Acuerdo 06 de 2015 /SUSPENSIÓN PROVISIONAL - En esta etapa del proceso no es posible afirmar que exista la violación alegada de la norma constitucional

En este evento el coadyuvante ha deprecado como medida cautelar, la tradicional y propia del Derecho Contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes). Alega el coadyuvante, que la expresión “servidor de la justicia” contenida en el literal a) del artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, viola la norma constitucional indicada porque, permite que “cualquier servidor de la justicia” se postule, y no se limite la convocatoria a los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, como lo señaló el Acto Legislativo 02 de 2015. Por su parte, el apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial manifiesta que, la interpretación que realiza el actor en relación con el texto de la norma superior confrontada, esto es el artículo 254 de la Constitución Política, no resulta acertada, porque al haberse incorporado en el texto constitucional la expresión “magistrados de los tribunales”, no se hizo con el fin de excluir aquellos funcionarios que teniendo la calidad de Magistrados no pertenecieran a un tribunal propiamente, sino con el fin de diferenciar el nivel jerárquico de estos Magistrados frente a los Magistrados de las Altas Cortes.

Es de indicar que tal argumento no tiene la incidencia para que ab initio del proceso se suspendan los efectos del acto acusado puesto que del análisis del acto demandado y su confrontación con la norma superior invocada como violada o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud no surge la violación, como lo establece la norma para que proceda la medida cautelar. Es decir, en esta etapa del proceso no es posible afirmar que exista la violación alegada de la norma constitucional, puesto que se requiere un análisis que solo es posible realizarlo en la sentencia, para determinar si existe o no la vulneración alegada. Por lo tanto, será del estudio de fondo del asunto, los antecedentes del acto acusado, que se podría definir si existe o no la infracción acusada. En consecuencia, no se advierten las condiciones necesarias para decretar la medida cautelar solicitada puesto que no se evidencia en esta etapa del proceso la vulneración alegada por el coadyuvante del artículo 254 de la Carta Magna en el acto acusado.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., nueve (9) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00018-00

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Nulidad de contenido electoral

Auto

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar radicada por el Coadyuvante Fredy David Morillo Guzmán.

En la solicitud de coadyuvancia presentada por el señor Fredy David Morillo Guzmán, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.014.196.681 de Bogotá, formula un nuevo **cargo de nulidad** dentro del proceso de la referencia frente a la expresión “*servidor de la justicia*” contenida en el literal a) del artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, por considerar que viola lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 254 de la Constitución Política— recientemente modificado-.

Manifiesta el señor Morillo Guzmán que la expresión viola la norma constitucional indicada porque, permite que “*cualquier servidor de la justicia*” se postule, y no se limite la convocatoria a los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, como lo señaló el Acto Legislativo 02 de 2015.

Plantea el señor Morillo Guzmán, que de conformidad con el artículo 125 de la ley 270 de 1996, además de los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, son servidores judiciales los fiscales.

Que los Magistrados de la Sala Administrativa de las seccionales del Consejo Superior de la Judicatura no cumplen la condición de magistrados, e indica el caso particular del inscrito con el No. 19 el doctor Romelio Elías Daza Molina.

En virtud de lo anterior, el señor Morillo Guzmán solicitó la medida cautelar de suspensión provisional de urgencia del artículo 5º, numeral a), en lo referente a “*servidor de la justicia*” para que (i) no se permita la participación de quienes no tienen las calidades exigidas por la Constitución, (ii) no se realice una elección inconstitucional por la misma razón (iii) no se deslegitime la imagen institucional de la Rama Judicial (iv) advierte que el único medio eficaz es la medida cautelar y (v) porque frente a los empleados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, con la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura y de los cargos, no existe certeza de la reubicación o reintegro, lo cual debe ser tenido en cuenta puesto que la representación es por 4 años.

Frente a la medida cautelar de suspensión provisional de urgencia, este Despacho mediante auto de 28 de agosto de 2015, decidió darle el trámite consagrado en los artículos 233 del CPACA y 108 del CPC, es decir correr el traslado de la solicitud de la medida provisional, por considerar que el plazo de inscripción ya había vencido a esa fecha y por lo tanto no

se cumplieran los requisitos para adoptar medida cautelar de urgencia.

Mediante oficio de 10 de septiembre de 2015, el apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial se pronunció frente a la solicitud de la medida de suspensión de la siguiente manera:

Luego de exponer sobre los fundamentos de hecho y de derecho de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente al caso concreto el apoderado señaló que la interpretación que realiza el actor en relación con el texto de la norma superior confrontada, esto es, el artículo 254 de la Constitución Política no resulta acertada, porque al haberse incorporado en el texto constitucional la expresión “magistrados de los tribunales”, no se hizo con el fin de excluir aquellos funcionarios que teniendo la calidad de Magistrados no pertenecieran a un tribunal propiamente, sino con el fin de diferenciar el nivel jerárquico de estos Magistrados frente a los Magistrados de las Altas Cortes.

Entonces, aceptar los planteamientos del demandante, según el apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, sería desconocer el fin querido por el legislador para la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial, que es garantizar la participación de los distintos niveles jerárquicos de la Rama Judicial, permitiendo la participación tanto de los funcionarios como de los empleados en todas las categorías.

CONSIDERACIONES

1. De las medidas cautelares

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo cautelar como:

“1. Adj. Der. Preventivo, precautorio. U. t. en sent. fig.

2. Adj. Der. Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o prever lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar”¹.

De tal acepción se puede inferir que las medidas cautelares tienen, entre otros, el objeto de prevenir un hecho o una situación jurídica, pero además de tal propósito también pueden ser conservativas, anticipativas o de suspensión.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2004² al referirse al concepto de las medidas cautelares, sostuvo que:

“(…) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho

que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.”

En relación con su fundamento constitucional, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, precisó que:

“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que ‘aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio. (...)”.

Así, las medidas cautelares, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso.

Teniendo de presente los aspectos generales de las medidas cautelares es importante profundizar frente a estas en los medios de control de lo contencioso administrativo, para lo cual el Despacho retoma lo dicho en ocasión pretérita³, cuando se señaló que:

*“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso*

1 <http://lema.rae.es/drae/?val=cautelar>.

2 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

3 Ver Salvamento de Voto de quien aquí funge como Ponente emitido dentro de la acción de tutela 2013-06871-01.

Administrativo⁴ y luego en la Carta de 1886⁵, a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “Suspensión Provisional”⁶, las cuales como se indicó se clasificaron según su naturaleza en preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama⁷”.

- 4 La Ley 130 de 1913, en el artículo 59 señaló:
Recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Sección y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene:
(...)
d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave .
Posteriormente, el artículo 94 de la Ley 167 de 1941 – Segundo Código Contencioso Administrativo – dispuso:
“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:
1o. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.
Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.
Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda.
2o. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.
3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley .
Así mismo. El Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, en su artículo 152, estableció:
El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:
1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor .
- 5 Artículo 193: La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.
- 6 “La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquélla, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1° de diciembre de 2008. M.P. Enrique Gil Botero).
- 7 El Artículo 230 del CPACA, establece que las medidas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y señaló que el juez o magistrado, podrá decretar una o varias de las siguientes:
1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello, fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra que para la procedencia de la medida cautelar se exige una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 *ibidem* impone como requisito para el decreto de la misma, que “*surja*” la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado,*” a partir “*del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Las disposiciones generales contempladas en los arts. 229 y siguientes del CPACA precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

2. De la petición de suspensión provisional de los efectos del acto acusado

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁸ implica que estos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

El Estado de Derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras; y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o transitoriamente, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “*suspensión provisional*”.

agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

8 González Rodríguez, Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

En este evento el coadyuvante ha deprecado como medida cautelar, la tradicional y propia del Derecho Contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

Alega el coadyuvante, que la expresión “*servidor de la justicia*” contenida en el literal a) del artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, viola la norma constitucional indicada porque, permite que “*cualquier servidor de la justicia*” se postule, y no se limite la convocatoria a los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, como lo señaló el Acto Legislativo 02 de 2015.

Por su parte, el apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial manifiesta que, la interpretación que realiza el actor en relación con el texto de la norma superior confrontada, esto es el artículo 254 de la Constitución Política, no resulta acertada, porque al haberse incorporado en el texto constitucional la expresión “magistrados de los tribunales”, no se hizo con el fin de excluir aquellos funcionarios que teniendo la calidad de Magistrados no pertenecieran a un tribunal propiamente, sino con el fin de diferenciar el nivel jerárquico de estos Magistrados frente a los Magistrados de las Altas Cortes.

Es de indicar que tal argumento no tiene la incidencia para que *ab initio* del proceso se suspendan los efectos del acto acusado puesto que del análisis del acto demandado y su confrontación con la norma superior invocada como violada o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud no surge la violación, como

lo establece la norma para que proceda la medida cautelar.

Es decir, en esta etapa del proceso no es posible afirmar que exista la violación alegada de la norma constitucional, puesto que se requiere un análisis que solo es posible realizarlo en la sentencia, para determinar si existe o no la vulneración alegada.

Por lo tanto, será del estudio de fondo del asunto, los antecedentes del acto acusado, que se podría definir si existe o no la infracción acusada.

En consecuencia, no se advierten las condiciones necesarias para decretar la medida cautelar solicitada puesto que no se evidencia en esta etapa del proceso la vulneración alegada por el coadyuvante del artículo 254 de la Carta Magna en el acto acusado.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 231 y 233 del CPACA este Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO. NO DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de la expresión “*servidor de la justicia*” contenida en el literal a) del artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, con fundamento en los motivos expuestos.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

NULIDAD - SENTENCIAS

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral/ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Resolución por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas/ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - No se advierte violación alguna al derecho al debido proceso

La Resolución 0215 de 2007, parcialmente demandada, establece el procedimiento "breve y sumario" que se debe adelantar para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas. Según lo regulado en dicho acto administrativo el Consejo Nacional Electoral es el competente para iniciar de oficio o a petición, la investigación por inscripción irregular de cédulas –Art. 1º–. Se dispone que los registradores distritales, municipales o auxiliares pondrán a disposición de la ciudadanía:

- i) los formularios de inscripción –E3– diligenciados;
- ii) el censo electoral vigente y;
- iii) la relación de los ciudadanos titulares de las cédulas expedidas durante el proceso de inscripción, con la finalidad de que los ciudadanos tengan conocimiento de las personas habilitadas para sufragar –Art. 2º–.

Luego de lo anterior, cualquier persona podrá solicitar, "durante el último mes calendario del periodo de inscripciones y hasta dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento del plazo de inscripción de cédulas fijado por la Registraduría Nacional del Estado Civil", ante el registrador competente que, el Consejo Nacional Electoral, deje sin efecto la inscripción de la cédula que encuentre que se realizó de manera irregular –Arts. 3º y 4º–.

Después de someter a reparto la petición y de verificar que la petición cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 5º de la resolución, el magistrado procederá a su admisión o rechazo –Art. 7º–.

Admitida la solicitud se "ordenará fijar por diez (10) días calendario, en la secretaría de la respectiva Registraduría, un aviso mediante el cual se informe a los ciudadanos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción" –disposición acusada–.

Es en la actuación anterior en la que la parte actora formula su principal reparo pues, en su criterio, contrario a proceder con la publicación de un aviso, en primer orden se debería, de conformidad con los artículos 66 al 69 del CPACA, proceder con la notificación personal, ya que el aviso es un mecanismo subsidiario de esta. En este caso, debe tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 8º de la Resolución No. 0215 de 2007, acusado de ilegalidad, ordena que se fije un aviso para informar a los ciudadanos "la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción". De acuerdo con la revisión del procedimiento reglado por el acto administrativo, parcialmente demandado, y en consideración con los cargos de la demanda, la Sala debe precisar que dicha disposición únicamente ordena informar la admisión de la solicitud de investigación; es decir, en este punto aún no se ha dictado acto administrativo alguno pues, se trata de un mero acto de trámite dentro del proceso de contenido electoral que tiene por finalidad proseguir con el procedimiento establecido, el cual no tiene la virtualidad de afectar los derechos ni las situaciones jurídicas de los administrados.

En efecto, con dicha actuación el Consejo Nacional Electoral, mediante la respectiva Registraduría, se encarga de poner en conocimiento de la ciudadanía las cédulas que serán investigadas; sin embargo, dicha actuación no tiene la entidad de afectar ninguna situación jurídica particular, razón por la cual no le resultarían aplicables las disposiciones del C. C. A., ahora CPACA, que ordenan que los actos administrativos de carácter particular se notifiquen de manera personal, pues se insiste, en el escenario del procedimiento administrativo, en el punto objeto de debate, no existiría acto administrativo que requiera notificación.

Se destaca que la notificación se realiza para que el afectado cuente con la posibilidad de presentar recurso de reposición contra el acto que deja sin efecto la inscripción de su cédula.

Lo señalado anteriormente sirve de fundamento a la Sala para, además de concluir que no hay lugar acceder a la nulidad deprecada, como en su momento atinadamente lo expuso el señor delegado del Ministerio Público, fundada en la vulneración de los artículos citados del CPACA, afirmar que no se advierte violación alguna al derecho al debido proceso, como tampoco a ningún principio constitucional, pues como ya se expuso la resolución parcialmente acusada, prevé los medios de notificación e impugnación en procura de dicha garantía fundamental.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Contra acto de contenido electoral/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Debe adelantar un procedimiento breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas, en aquellos casos que se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio/INSCRIPCIÓN DE CÉDULAS - Inscripción irregular

Corresponde a la Sala estudiar si el aparte demandado, infringe el contenido del artículo 4º de la Ley 163 de 1994. Manifiesta la parte actora que la anterior disposición legal se tiene como infringida, en la medida que el Consejo Nacional Electoral adelanta el proceso administrativo tendiente a investigar y dejar sin efecto las cédulas irregularmente inscritas, sin que los ciudadanos tengan la posibilidad de controvertir o allegar pruebas; es decir, que "...el ciudadano queda a merced de la administración pública, sin la posibilidad de defenderse porque se obvia la debida notificación y se cercena el derecho a elegir y ser elegido por operaciones administrativas de las que no se tiene la certeza de qué tan ajustadas a Derecho y a la Constitución fueron pues, no se tuvo la oportunidad de hacerse parte del proceso".

De entrada, la Sala manifiesta que este cargo carece de vocación de prosperidad primero, porque del simple cotejo de la norma demandada y del artículo antes transcrito se advierte que no existe contradicción alguna por el contrario, la ley refiere a que el Consejo Nacional Electoral adelantará un procedimiento breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción, en aquellos casos que se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, que es lo que en la práctica sucede.

Sumado a lo anterior, reitera la Sala que como ya se concluyó, no existe vulneración alguna a los derechos de los investigados, pues se les informa la apertura de la investigación y en los casos que se deja sin efecto la inscripción, los afectados cuentan con la posibilidad de recurrir la decisión, oportunidad en la cual podrán allegar las pruebas que consideren pertinente y rebatir las existentes.

Por otra parte, no sobra manifestar que incluso cuando el CNE opta por dejar sin efecto la inscripción, el ciudadano afectado con la decisión puede hacer uso de su derecho al voto en el municipio de su residencia o donde sufragó en las últimas elecciones, como se indica en el artículo 13 de la Resolución 0215 de 2007.

En consecuencia, no se advierte que el precepto demandado incurra en vulneración legal y tampoco constitucional razón por la cual se denegaran las súplicas de la demanda. Sin perjuicio de lo anterior y luego de demostrar que no se desvirtuó la legalidad de la norma demandada, para la Sala resulta pertinente tener consideración el argumento expuesto por el demandado, según el cual entre el vencimiento del periodo de inscripciones de las cédulas para sufragar y la fecha en que se llevan a cabo elecciones, solo trascurren dos meses, lapso en el cual se deben resolver las múltiples solicitudes presentadas para dejar sin efectos las inscripciones irregulares.

El anterior lapso de por sí ya resulta suficientemente limitado para adelantar el trámite breve y sumario previsto en la resolución demandada, como para pretender, como lo expone la parte actora, que el inicio del procedimiento se notifique de manera personal y en los fallidos casos se proceda a la fijación del aviso, pues en dicha hipótesis bien podría ocurrir que no se alcance a investigar todas las cédulas denunciadas o también que antes de las elecciones, no estén resueltos los recursos presentados contra las decisiones de dejar sin efectos las irregulares inscripciones.

En consecuencia, el trámite previsto resulta además de ajustado al ordenamiento legal, acorde para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho al voto.

El anterior panorama sí podría llegar a afectar el proceso electoral pues, conforme al supuesto formulado, algunas cédulas inscritas irregularmente y de las cuales no se pueda finiquitar la investigación administrativa sus titulares podrían sufragar, o incluso sería dable que las inscripciones que se dejaron sin efecto y en virtud del correspondiente recurso deban ser habilitadas para votar, los afectados no puedan ejercer su derecho al sufragio, al no ser resueltos antes de la celebración de los comicios.

Esta situación llegaría a ser aún más lesiva para el proceso electoral. En virtud de lo anterior y partiendo de la legalidad y constitucionalidad del aparte demandado y, en consideración de la brevedad de los términos con los que cuenta el CNE para adelantar el trámite administrativo de que trata la Resolución 0215 de 2007, la Sala encuentra más que justificada la imposición de que el mismo sea breve y sumario, por las situaciones que rodean al trámite electoral.

Norma Demandada: Resolución 215 de 2007 (22 de marzo) Consejo Nacional Electoral - artículo 8 inciso 2º (no anulada)

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., diez (10) de septiembre dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00138-00

Actor: Luz Fanny García Ruiz

Demandado: Consejo Nacional Electoral

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia dentro del proceso de simple nulidad iniciado por LUZ FANNY GARCÍA RUIZ contra el Consejo Nacional Electoral que pretende la nulidad del inciso 2º, del artículo 8º de la Resolución No. 215 de 2007 “Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas”.

ANTECEDENTES

I. LA DEMANDA

1. La pretensión de la demanda

Solicitó la demandante:

“Que se decrete la nulidad del procedimiento que estipula el inciso 2º del artículo 8º de la Resolución 215 de fecha 22 de marzo de 2007, que establece la notificación del proceso para dejar sin efecto la inscripción de las cédulas de ciudadanía, proferida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto a la siguiente expresión ‘igualmente ordenará fijar por diez (10) días calendario en la Secretaría de la respectiva Registraduría, un aviso, mediante el cual se informe a los ciudadanos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción’; para que pueda establecerse un proceso debido ceñido a la Constitución y la ley”.

1.2. Soporte fáctico

Según el dicho de la demandante, el procedimiento breve y sumario tendiente a dejar a dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas, resulta contrario al establecido en los artículos 66 al 69 del CPACA, según los cuales al momento de notificar actos administrativos de carácter particular en aquellos casos que “...se desconozca la información sobre el destinatario...”, procedería la notificación por aviso; es decir, luego de intentar la notificación personal o ante su imposibilidad sí habría lugar a recurrir al aviso. Situación que se presenta con las decisiones dictadas con fundamento en la norma demandada –inciso 2º, del artículo 8º de la Resolución 2015 de 2007– pues, tienen la finalidad de modificar una situación jurídica específica –dejar sin efectos la inscripción de su cédula para efectos de sufragar–.

En su criterio, es de la mayor relevancia que, al dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas, la Administración imponga una “... sanción al ejercicio del derecho de participar en la democracia en un Estado como el colombiano, como es el derecho al sufragio (...)

y en detrimento de un derecho civil y político como es el de elegir y ser elegido”, razón por la cual se deben dictar con total respeto al debido proceso “... para no hacer tambalear la seguridad jurídica de los ciudadanos ante el ejercicio del poder estatal...”.

Destacó que al momento de inscribir la cédula se diligencia el formulario E-3 “... en el cual se diligencian todos los datos personales y de contacto y le entregan como constancia el formulario E-4, por lo que no se puede aducir que no existe manera expedita por parte de la Administración Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil para realzar las notificaciones como estipula la ley”.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La norma demandada, inciso 2º, artículo 8º de la Resolución 2015 de 2007¹, dispone:

“CONFORMACIÓN DE LA COMISIÓN INSTRUCTORA.

El Magistrado sustanciador, en el auto que admite la petición podrá conformar una comisión instructora integrada por al menos dos (2) servidores públicos - Asesores, vinculados al Consejo Nacional Electoral, y por el registrador municipal de la correspondiente circunscripción, quién actuará como su secretario. En todo caso, se indicará claramente quién actúa como coordinador de la Comisión.

Igualmente, ordenará fijar por diez (10) días calendario, en la Secretaría de la respectiva Registraduría, un aviso, mediante el cual se informe a los ciudadanos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción”. (Subraya fuera de texto).

Según el dicho de la demandante, la anterior disposición vulnera la siguiente normativa **a)** artículos Nos. 1, 2, 4, 13 a 28, 29, 40, 83, 90, 93 y 94 de la Constitución Política; **b)** los artículos 66 al 69 del CPACA y; **c)** el artículo 4º de la Ley 163 de 1994².

Respecto al concepto de la violación refirió la actora que la disposición demandada al establecer la fijación de un aviso por 10 días calendario en la Secretaría de la respectiva Registraduría infringe:

1. El derecho al debido proceso y a la defensa “... al enlistar un nombre en este tipo de resoluciones de carácter particular (las que dejan sin efecto la inscripción de cédulas de algunos ciudadanos) se estará haciendo presunción de estar incurso de un delito debidamente tipificado en el ordenamiento, fraude en inscripción de cédulas, sin establecer el debido proceso para tales fines”.

¹ “Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas”.

² “Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral”.

2. Los artículos 66 al 69 del CPACA, que establecen la notificación de los actos administrativos de carácter particular “...los cuales serían los que se emanen bajo la Resolución 215 de 2007”, pues estos preceptos señalan que la notificación por aviso procederá luego de intentar y no obtener la notificación personal, “...*máxime tratándose de la modificación del derecho constitucional y político por excelencia a elegir y ser elegido*”.

3. Artículo 4º de la Ley 163 de 1994 “*Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral*” en cuanto señaló, que:

“...la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral.

Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio.

Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción...”.

Lo anterior, en razón de que el proceso breve y sumario al que alude la norma demandada, no se lleva a cabo pues, no se notifica personalmente al ciudadano y tampoco se le brinda la oportunidad de aportar y rebatir pruebas.

1.4. Contestación del Consejo Nacional Electoral

Mediante apoderado, expuso que se oponía a la pretensión de la demanda por considerar que la disposición cuestionada no resulta contraria ni a la Constitución Política y tampoco a la ley, por lo que solicitó que fuera denegada.

Con relación al soporte fáctico en el que se funda la demanda precisó que contrario a enunciar hechos, en realidad, se trata de una descripción del acto demandado. Además, precisó que la parte demandante pretende que “...*se hubiese tenido en cuenta lo previsto en una norma expedida cuatro años después como lo es la Ley 1437 de 2011...*”.

Informó que el acto acusado de legalidad ya fue objeto de reforma por la Resolución 300 de 5 de marzo de 2015 y resaltó que “...*la ley ha previsto que el Consejo Nacional Electoral al momento de evaluar las eventuales violaciones al artículo 316 Constitucional, lo haga a través del procedimiento ordinario (sic), sino mediante un procedimiento especial, el que debe ser breve y sumario, por lo que ante la existencia de un proceso especial ordenado por la ley, no es pertinente la aplicación del general, de conformidad a lo que al respecto expone el propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

Además de lo anterior, propuso las siguientes excepciones:

I. “*Inaplicación de las normas ordinarias del procedimiento administrativo a los procesos de policía administrativa*”

Para el efecto, señaló que el procedimiento que se adelanta para determinar la validez de la inscripción de cédulas, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución Política, es de naturaleza policiva; por tanto, “...*no le son aplicables las normas contenidas en el procedimiento administrativo ordinario*”, así lo disponía el C. C. A. y, en la actualidad, lo contempla el artículo 2º del CPACA, e incluso lo concluyó la Sección Quinta del Consejo de Estado³.

De conformidad con lo anterior, a manera de colofón sostuvo que no se puede exigir a un procedimiento breve y sumario las mismas formalidades que son aplicables al procedimiento ordinario.

II. “*Pérdida de vigencia de la Resolución 0215 de 2007 (acto parcialmente demandado)*”

Afirmó que el Consejo Nacional Electoral profirió la Resolución No. 300 de 2015 “...*que deroga y deja sin efectos la Resolución No. 215 de 2007 que regirá desde abril del año en curso*”.

III. “*Inepta demanda por pedir la nulidad de norma que no se encuentra vigente*”

Como fundamento adujo, que con la presente demanda se pretende la nulidad del inciso 2º del artículo 8º de la Resolución No. 215 de 22 de marzo de 2007. Sin embargo, la parte actora “...*a pesar que la ponente así se lo había advertido en el auto del 17 de octubre de 2014 por el que inadmitió la demanda, que tal disposición no se encontraba vigente, toda vez que había sido por la Resolución 697 de 2011, cuyo artículo 1º modificó el artículo 8º de la Resolución 215 de 2007, cuyo inciso segundo quedó de la siguiente forma:*

‘Igualmente, podrá conformar una comisión instructora integrada por asesores y/o servidores públicos vinculados a la Organización Electoral, la que tendrá un coordinador’.

Es decir, la disposición demandada no se refiere a los aspectos a que se refiere la demandante. Es de señalar que si bien en el inciso 1º del citado artículo 8º se reprodujo el sentido del aspecto censurado por la actora, dado el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no le será factible a esta pronunciarse sobre un acto que no ha sido objeto de demanda alguna”.

1.4.1. A título de fundamentos de defensa, expuso el desarrollo normativo del artículo 316 de la Constitución Política, para el efecto, indicó que el artículo 1º de la Ley 2ª de 1992 indicaba que “[S]e entiende que quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1992, declara bajo la gravedad del juramento residir en el respectivo municipio.

³ Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Rad. 1998-2121.

Si falta a la verdad incurre en las sanciones legales”. Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-020 de 1993.

Posteriormente, se profirió la Ley 84 de 1993 que en su artículo 5º precisó que *“para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral*”.

Se entiende que con la inscripción el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio.

Sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción”.

Norma que fue declarada inexecutable mediante sentencia C-145 de 1994, debido a que *“...vicios de procedimiento, al no haber sido tramitada como ley estatutaria”*; sin embargo, expuso que: *“desde el punto de vista material, la Corte no encuentra tachas de inconstitucionalidad. En efecto, [...] se limita a desarrollar el contenido del artículo 316 de la Constitución Política, en cuanto se refiere a la residencia electoral”*.

En razón de lo anterior, se expidió la Ley 163 de 1994, que en su artículo 4º reiteró el contenido del artículo 5º de la Ley 84 de 1993 al disponer que:

“Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral”.

Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio.

Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

Se exceptúa el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el cual se seguirán aplicando las disposiciones del Decreto número 2762 de 1991.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para los efectos del inciso final de este artículo, los residentes y nativos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán votar en todas las elecciones de 1994 con la sola presentación de la cédula de ciudadanía*”.

Precepto que la Corte Constitucional declaró exequible en la sentencia C-353 de 1994.

En lo demás, señaló que el artículo 316 de la Constitución Política, fue desarrollado por el Consejo Nacional Electoral mediante las Resoluciones Nos. 424 de 2000; 4172 de 2003; la acusada 215 de 2007, modificada por la 597 de 2011 y la 300 de 2015 que derogó la 215.

Por su parte, el CPACA, en el numeral 7 del artículo 275 *“... incluyó esta práctica como causal expresa de nulidad electoral, con lo que no hizo más que llevar a texto legal lo que con antelación la jurisprudencia Constitucional ya había considerado así mediante sentencia T-135 de 2000”*, la que transcribió parcialmente.

Por otra parte, el apoderado del demandado, expuso que la ley incluyó un mecanismo preventivo de naturaleza policiva para que, con celeridad, se deje sin efecto la inscripción de cualquier ciudadano en un municipio distinto al de su residencia, para lo cual estableció un procedimiento policivo especial, distinto al ordinario administrativo que lo calificó de breve y sumario *“...en razón del corto lapso que existe entre el cierre del periodo de inscripciones de ciudadanos para votar en determinado lugar y la fecha de las elecciones, el que de acuerdo al artículo de la ley 1475 de 2011, es de tan solo dos meses, lo que le da un estrecho margen de maniobra al Consejo Nacional Electoral para culminar sus investigaciones, a lo que debe sumarse el gran volumen de inscripciones de cédulas que deben ser investigadas, dada la frecuencia de la ocurrencia del fenómeno de la trashumancia electoral”*.

Afirmó que de acogerse la tesis expuesta por la parte actora –el procedimiento ordinario del CPACA–, las decisiones quedarían en firme luego de realizadas las elecciones, lo que tornaría en ineficaz y atentaría contra lo dispuesto en la Ley 163 de 1994 que señala que el procedimiento será breve y sumario. Además, destacó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para lo cual citó un aparte de la sentencia C-092 de 1997, ha aceptado que el CNE tiene *“poder de policía administrativa en el plano electoral”*, en razón de, entre otras, la función de control del artículo 6º del artículo 265 Constitucional.

De conformidad con lo expuesto, a manera de colofón reiteró que el procedimiento cuestionado al ser breve y sumario, no puede estar *“subordinado”* al ordinario del CPACA.

Por otra parte, al referirse a la forma de notificación de la resolución por la cual se deja sin efecto la inscripción de cédulas afirmó que por el simple hecho de tratarse de un procedimiento breve y sumario, no es dable afirmar que resulta vulneratorio del derecho al debido proceso *“...sobre todo cuando en el trascurso de ellos existe la posibilidad de controvertir las pruebas y decisiones adoptadas por la entidad pública que lo sigue”*.

Precisó que, si bien, es cierto que en el procedimiento adelantado para investigar las presuntas infracciones al artículo 316 de la Constitución, la primera comunicación a los particulares se surte mediante aviso *“esta no es la única, por el contrario, el artículo 13 es claro en señalar que las decisiones que se adopten como consecuencia del mismo deberán ser notificadas de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 44 del C. C. A”*.

Quiere decir lo anterior, que los particulares cuentan con la posibilidad de recurrir la anulación de la inscripción de su cédula y, de asistírle razón, obtener la reincorporación al censo electoral. En lo demás, sostuvo que contrario al dicho de la demandante la resolución parcialmente acusada *“contiene un procedimiento garantista”* porque antes de dejar sin efecto la inscripción de la cédula, dispone el despliegue de toda una actividad probatoria que incluye, en primer término, *“el cruce de bases de datos como las del Sisbén y los regímenes de seguridad social en salud con la relación de las cédulas denunciadas, de las cuales es posible establecer si figuran como residentes en determinado municipio, para en aquellos casos en que no encuentra vínculo de residencia de un ciudadano con un municipio, realizar visitas a las direcciones aportadas a efectos de constatar si lo afirmado por la persona que se inscribe reside o no en tales predios”*.

En orden de lo dicho, habrá lugar a dejar sin efecto la inscripción, para ejercer su derecho al voto, cuando adelantado el anterior procedimiento no se encuentre vínculo entre el ciudadano y el municipio en el cual se inscribió, por lo que en este caso *“...enviar citación al sitio en que dijo residir el inscrito no tiene sentido”*.

Sin embargo, precisó que las resoluciones dictadas en este trámite son publicadas en la página web oficial del CNE en un *“acceso especial”* diferente de los demás actos, *“en el que las personas pueden consultar si ha existido una decisión en torno a ellas por esta materia”*.

Sumado a lo anterior, puso de presente que en ningún caso el CNE niega o restringe el derecho a elegir pues en los eventos en que se deja sin efecto la inscripción de la cédula, en la misma decisión se ordena regresarlo al censo electoral del municipio en que estuvo inscrito en la elección anterior donde podrá ejercer su derecho al voto.

Por último, afirmó que la propia Corte Constitucional ha aceptado que algunos actos puedan ser notificados mediante aviso, como en los casos de la designación de jurados de votación. (fls. 118 al 134).

1.5 Trámite del proceso

Presentada la demanda, se surtieron las siguientes actuaciones:

- i) Por auto del 29 de agosto de 2014 se inadmitió para que la parte actora la escindiera en razón de la indebida acumulación de pretensiones.

Allegada la respectiva corrección, en providencia de 17 de octubre de 2014 el Despacho Ponente ordenó:

- ii) *“1. Adecuar su demanda en el sentido de pronunciarse y manifestar si también la ejerce en contra de la Resolución No. 597 de 2011 del Consejo Nacional Electoral “Por la cual se modifica el artículo 8º de la Resolución 215 de 2007”, para lo cual deberá atender los requisitos establecidos en los artículos 162 y 166 del CPACA.*

2. Allegar copia íntegra del acto demandado “...con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución...”, de conformidad con el numeral 1 del artículo 166 del CPACA”.
- iii) El 26 de noviembre de 2014 se admitió la demanda y se ordenaron las respectivas notificaciones.

II. AUDIENCIA INICIAL

Surtidas las notificaciones y allegada la contestación de la demanda, con auto de 16 de abril de 2015, se fijó como fecha para la audiencia inicial el 24 de abril de 2015 (fl. 152), la cual se desarrolló en la forma prevista en el CPACA.

Dicha audiencia se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades (que no hubo) y, además, se fijó el litigio de la siguiente manera:

2.1 Fijación del litigio

“La pretensión de la demanda se dirige a obtener la declaratoria de nulidad del inciso 2º del artículo 8 de la Resolución No. 0215 de 2007 ‘Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas’”.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó negar las pretensiones de la demanda y rindió su concepto en los siguientes términos:

1. Previo a abordar el asunto de fondo, el señor agente del Ministerio Público se encargó del análisis de la excepción propuesta por el apoderado del demandado que refiere a la pérdida de vigencia de la resolución parcialmente acusada, en razón de su derogatoria razón por la cual, en criterio del CNE, la disposición acusada no podría ser objeto de control judicial.

Al respecto, la agencia transcribió parcialmente la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta del 23 de julio de 2009⁴ y, expuso que no le asiste razón al representante judicial del CNE y se debe proceder al estudio de legalidad de la disposición acusada.

2. Acto seguido afirmó que por mandato legal al Consejo Nacional Electoral le corresponde dejar sin efecto la inscripción del sufragante que no sea residente del lugar en el que inscribió su cédula, razón por la cual, en su momento, expidió la Resolución No. 0215 de 22 de marzo de 2007 que en el aparte demandado –*inciso 2º del artículo 8–* dispuso “... *igualmente, ordenará fijar por diez (10) días calendario, en la Secretaría de la respectiva Registraduría un aviso, mediante el cual se informe a los ciudadanos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción*”.

Destacó que en criterio de la parte actora, el anterior precepto debe ser declarado nulo por desconocer el derecho al debido proceso. En este sentido el Procurador Delegado advirtió que la demandante incurre en error porque la exclusión de la cédula por vulneración al artículo 316 de la Constitución Política “... *no puede ser considerada, ni puede inferirse que ello implica un juicio de responsabilidad penal que se efectúa por la autoridad electoral*”, pues del análisis de la norma penal (que no menciona) se concluye que penaliza “... *a quien valido de medios indebidos, determine a la persona habilitada para inscribir su cédula en un municipio distinto a aquel en donde reside, con el agregado del propósito criminal que no es otro que el de obtener ventaja en el proceso de elección*”, pero en ningún momento refiere a la persona que se “*inscribe irregularmente*” cuya única sanción es la de dejar sin efecto la inscripción lo que deviene en su imposibilidad de sufragar en el municipio donde se inscribió de manera indebida.

3. En lo que refiere al argumento de la demandante según el cual la notificación de la solicitud de dejar sin efecto la inscripción de la cédula se realiza mediante la fijación de un aviso, a pesar de que según el CPACA, se trata de un medio de carácter subsidiario y se puede recurrir al mismo, luego de haber intentado la notificación personal, en criterio del señor Delegado, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Para el efecto, argumentó que las normas a las que alude el CPACA, **se refiere a la notificación de actos administrativos de carácter particular y definitivo** que culminan una actuación administrativa; sin embargo, en este caso, el aviso al que refiere la parte

actora no pretende la notificación de “... *decisión administrativa alguna de la autoridad electoral de carácter particular y concreto, con ello lo que se hace pública es la petición escrita que se ha efectuado al Registrador del respectivo municipio para que el Consejo Nacional Electoral inicie el trámite correspondiente encaminado a que se deje sin efecto la inscripción de cédulas que se han efectuado con inobservancia de las disposiciones constitucionales y legales*”.

De lo anterior concluye, que no existe inobservancia de los artículos 66 al 69 del CPACA y tampoco respecto del artículo 4º de la Ley 163 de 1994, toda vez que dichos preceptos se encargan de regular el trámite de la notificación de actos de carácter particular y concreto mientras que “... *la solicitud que se eleva ante el Consejo Nacional Electoral, no hay acto administrativo*”.

Sumado a lo anterior, señaló que la resolución cuestionada contiene un trámite establecido para notificar, de manera personal, el acto administrativo que concluye con la actuación administrativa y el recurso procedente.

En razón de las anteriores argumentaciones solicitó desestimar la pretensión formulada por la parte actora. (Fls. 213-224).

4.2. **El Consejo Nacional Electoral**, mediante apoderado, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda así como la conclusión de que la norma acusada no vulnera ninguna disposición del orden constitucional o legal, en consecuencia, solicitó que se denegara la súplica de la demanda. (Fls. 227 al 230).

4.3. La demandante se limitó a manifestar que “... *con el respecto acostumbrado y dentro del término legal manifiesto al Despacho que esta agencia judicial está totalmente de acuerdo con la actuación y dirección procesal que de manera ecuaníme su Señoría le ha dado a esta actuación Contencioso Administrativa*”. (Fl. 241).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en única instancia de la demanda formulada por la señora **GARCÍA RUIZ** contra el inciso 2º, artículo 8º de la Resolución No. 215 de 2007 “*Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas*”, en virtud de que fue dictada por una autoridad del orden nacional como lo es el Consejo Nacional Electoral.

⁴ Expediente No. 15311.

2. Precepto demandado

Se trata del inciso 2º, artículo 8º de la Resolución No. 215 de 2007 “*Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas*”, según el cual:

“CONFORMACIÓN DE LA COMISIÓN INSTRUCTORA.

El Magistrado sustanciador, en el auto que admite la petición podrá conformar una comisión instructora integrada por al menos dos (2) servidores públicos - Asesores, vinculados al Consejo Nacional Electoral, y por el registrador municipal de la correspondiente circunscripción, quién actuará como su secretario. En todo caso, se indicará claramente quién actúa como coordinador de la Comisión.

Igualmente, ordenará fijar por diez (10) días calendario, en la Secretaría de la respectiva Registraduría, un aviso, mediante el cual se informe a los ciudadanos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción. (Aparte subrayado corresponde al demandado).

3. Problema jurídico

Según la fijación del litigio, “*la pretensión de la demanda se dirige a obtener la declaratoria de nulidad del inciso 2º del artículo 8 de la Resolución No. 0215 de 2007 ‘Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas’.*”

De entrada la Sala abordará, como corresponde, el estudio y decisión de las excepciones formuladas por el apoderado del Consejo Nacional Electoral.

Es necesario manifestar que en la audiencia inicial, el Despacho ponente se pronunció al respecto de la siguiente:

1. “Inepta demanda por pedir la nulidad de norma que no se encuentra vigente”

Como fundamento adujo el CNE que con la presente demanda se pretende la nulidad del inciso 2º del artículo 8º de la Resolución No. 215 “*Por la cual se establece el procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas*”. Sin embargo, la parte actora omitió tener en consideración que dicha disposición fue modificada por la Resolución No. 697 de 2011.

En la mentada diligencia la Consejera Ponente indicó que dicha excepción **no está llamada a prosperar por no referir a la falta de requisitos formales ni tampoco a una indebida acumulación de pretensiones en la demanda**⁵; es decir,

⁵ Artículo 100. Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

(.) 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por

concluyó que no se trataba de una excepción previa a pesar de que el demandado aludía a la presunta ineptitud de la demanda, porque en realidad lo que cuestionaba era la vigencia del acto administrativo del cual se acusa su ilegalidad, aspecto que no guarda relación con los requisitos formales de la demanda y que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin a la presente controversia.

Así las cosas, es en esta etapa corresponde su resolución.

2. En razón a que las excepciones tituladas “*Inepta demanda por pedir la nulidad de norma que no se encuentra vigente*” y “*Pérdida de vigencia de la Resolución 0215 de 2007 (acto demandado)*”, aluden a la presunta imposibilidad de enjuiciar un acto administrativo que no está vigente o fue modificado, se resolverán de manera conjunta:

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo dicho por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia de 14 de enero de 1991⁶:

“Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito ‘no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto’. (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

(...)

Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

‘Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya

indebida acumulación de pretensiones.

⁶ C. P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, demandante: Robert Bruce Raisbeck, radicación No. S-157.

ocasionado’ (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

(...)

Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así este sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opta la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que de un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

(...)

Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de

nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”. (Negrillas fuera de Texto).

De acuerdo con lo dicho por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la providencia antes reseñada y, en consideración a que en este caso se pretende la nulidad de un precepto contenido en un acto de carácter general –Resolución No. 215 de 2007–, se arriba a la conclusión de que las excepciones deberán ser desestimadas en razón de que la norma acusada, así haya sido modificada o derogada, surtió efectos durante su vigencia y corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establecer si en efecto resultaba ilegal o inconstitucional según lo afirmado por la parte actora.

3. La última de las excepciones propuesta por el abogado del CNE la tituló “*inaplicación de las normas ordinarias del procedimiento administrativo a los procesos de policía administrativa*”.

Como fundamento, expuso que el procedimiento que se adelanta para determinar la validez de la inscripción de cédulas, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución Política, es de naturaleza policiva administrativa; por tanto, “...no le son aplicables las normas contenidas en el procedimiento administrativo ordinario”, así lo disponía el inciso 3º del artículo 1º del C. C. A., y en la actualidad lo contempla el artículo 2º del CPACA, e incluso lo concluyó la Sección Quinta del Consejo de Estado¹. Además, sostuvo que no se puede exigir a un procedimiento breve y sumario las mismas formalidades que son aplicables al procedimiento ordinario.

Al respecto, la Sala manifiesta que la excepción no está llamada a prosperar pues, de la simple lectura de los artículos 1º del C. C. A., y 2º del CPACA, se advierte que la excepción a la que se alude solamente es para los “*procedimientos militares y de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público*”.

En este caso, el acto administrativo de carácter general no hace parte de la excepción contemplada en los preceptos enunciados, porque sin bien lo dicta el Consejo Nacional Electoral, en desarrollo de sus funciones de policía administrativa, en el asunto objeto de estudio no existe la aplicación inmediata de una decisión, por el contrario precisamente se dictó para

¹ Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Rad. 1998-2121.

“establecer un procedimiento breve y sumario a seguir para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas”.

De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente que contrario al dicho del demandado, la resolución parcialmente acusada le resultan aplicables las normas del C. C. A., ahora CPACA pues, como se dijo, no se trata de la aplicación inmediata de una decisión, por el contrario su contenido establece el procedimiento establecido para la anulación de la cédulas inscritas de manera irregular, prueba de ello, se advierte del artículo 13 de la resolución acusada que remite al artículo 44 del C. C. A., para efectos de notificación.

Las razones antes esbozadas resultan suficientes para denegar la prosperidad de la excepción formulada.

4. Asunto de fondo

Superado lo anterior, corresponde a la Sala abordar el estudio de fondo de la demanda presentada por la señora **Luz Fanny García Ruiz**.

Para el efecto, resulta necesario analizar:

i) el trámite que regula la resolución parcialmente demandada, para entender en qué consiste el cargo de la violación de la demanda;

ii) si el inciso segundo del artículo 8º de la Resolución 0215 de 2007 contradice las normas aducidas en la demanda.

i) Trámite que regula la resolución parcialmente demandada

La Resolución 0215 de 2007, parcialmente demandada, establece el procedimiento *“breve y sumario”* que se debe adelantar para dejar sin efecto la inscripción irregular de cédulas.

Según lo regulado en dicho acto administrativo el Consejo Nacional Electoral es el competente para iniciar de oficio o a petición, la investigación por inscripción irregular de cédulas –Art. 1º–.

Se dispone que los registradores distritales, municipales o auxiliares pondrán a disposición de la ciudadanía:

i) los formularios de inscripción –E3– diligenciados;

ii) el censo electoral vigente y;

iii) la relación de los ciudadanos titulares de las cédulas expedidas durante el proceso de inscripción, con la finalidad de que los ciudadanos tengan conocimiento de las personas habilitadas para sufragar –Art. 2º –.

Luego de lo anterior, cualquier persona podrá solicitar, *“durante el último mes calendario del periodo de inscripciones*

y hasta dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento del plazo de inscripción de cédulas fijado por la Registraduría Nacional del Estado Civil”, ante el registrador competente que, el Consejo Nacional Electoral, deje sin efecto la inscripción de la cédula que encuentre que se realizó de manera irregular –Arts. 3º y 4º–.

Después de someter a reparto la petición y de verificar que la petición cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 5º de la resolución, el magistrado procederá a su admisión o rechazo –Art. 7º–.

Admitida la solicitud se *“ordenará fijar por diez (10) días calendario, en la secretaría de la respectiva Registraduría, un aviso mediante el cual se informe a los ciudadanos la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción”* –disposición acusada–.

ii) Si el inciso segundo del artículo 8º de la Resolución 0215 de 2007 contradice las normas aducidas en la demanda.

1. Es en la actuación anterior en la que la parte actora formula su principal reparo pues, en su criterio, contrario a proceder con la publicación de un aviso, en primer orden se debería, de conformidad con los artículos 66 al 69 del CPACA, proceder con la notificación personal, ya que el aviso es un mecanismo subsidiario de esta.

En este sentido las normas enunciadas disponen:

“ARTÍCULO 66. DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.

ARTÍCULO 67. NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

ARTÍCULO 68. CITACIONES PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con

la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal".

Lo primero que debe advertir la Sala, es que los anteriores preceptos **resultan aplicables para la notificación de actos administrativo de carácter particular y concreto**, lo que obliga a determinar si la decisión a la que alude la norma demandada tiene tal carácter.

En esta instancia, conviene precisar que **el acto administrativo de carácter particular y concreto es aquel que crea, modifica, extingue o afecta situaciones jurídicas personales**; por tanto, **tiene efectos jurídicos directos e inmediatos**.

Por su parte, el acto administrativo de carácter general, si bien, también **crea, modifica, extingue o afecta** pero **lo hace en relación de situaciones jurídicas abstractas o impersonales**.

Dada la anterior diferenciación, se hace necesario mencionar que de conformidad con el artículo 65 del CPACA, "*los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso*", más adelante la misma norma prevé que "*las entidades de la administración central y descentralizadas de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes...*".

Por su parte, **los actos administrativos de carácter particular y concreto** según los artículos 66 al 69 de la misma codificación **se deben notificar de manera personal**.

En este caso, debe tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 8º de la Resolución No. 0215 de 2007, acusado de ilegalidad, ordena **que se fije un aviso para informar a los ciudadanos "la solicitud de dejar sin efecto dicha inscripción"**.

De acuerdo con la revisión del procedimiento reglado por el acto administrativo, parcialmente demandado, y en consideración con los cargos de la demanda, la Sala debe precisar que dicha disposición únicamente ordena **informar** la admisión de la solicitud de investigación; es decir, en este punto aún no se ha dictado **acto administrativo alguno pues, se trata de un mero acto de trámite dentro del proceso de contenido electoral que tiene por finalidad proseguir con el procedimiento establecido, el cual no tiene la virtualidad de afectar los derechos ni las situaciones jurídicas de los administrados**.

En efecto, con dicha actuación el Consejo Nacional Electoral, mediante la respectiva Registraduría, se encarga de poner en conocimiento de la ciudadanía las cédulas que serán

investigadas; sin embargo, dicha actuación no tiene la entidad de afectar ninguna situación jurídica particular, razón por la cual no le resultarían aplicables las disposiciones del C. C. A., ahora CPACA, que ordenan que los actos administrativos de carácter particular se notifiquen de manera personal, pues se insiste, en el escenario del procedimiento administrativo, en el punto objeto de debate, no existiría acto administrativo que requiera notificación.

Por el contrario, no sobra agregar que, adelantado en su totalidad el procedimiento establecido en el acto administrativo acusado, luego de que se decreten las pruebas, se realice el cotejo de las bases de datos –art. 10–, agotado el periodo probatorio –Art. 11–, y rendido el informe por parte de la comisión instructora –Art. 12–, el Magistrado Sustanciador dictará la decisión de dejar o no sin efectos las inscripciones objeto de investigación administrativa –Art. 13–. La decisión que deja sin efecto una inscripción, **sí debe notificarse de manera personal, de conformidad con el inciso 3º del artículo 13 de la resolución demandada**, en razón de que **se trata de un acto administrativo de carácter particular que finaliza un trámite administrativo y que tiene la virtualidad de afectar derechos particulares**. Además, de la mentada notificación personal la norma también prevé que el registrador fije en su despacho copia de la parte resolutive de la decisión.

Se destaca que la notificación se realiza para que el afectado cuente con la posibilidad de presentar recurso de reposición contra el acto que deja sin efecto la inscripción de su cédula.

Lo señalado anteriormente sirve de fundamento a la Sala para, además de concluir que no hay lugar acceder a la nulidad deprecada, como en su momento atinadamente lo expuso el señor delegado del Ministerio Público, fundada en la vulneración de los artículos citados del CPACA, afirmar que no se advierte violación alguna al derecho al debido proceso, como tampoco a ningún principio constitucional, pues como ya se expuso la resolución parcialmente acusada, prevé los medios de notificación e impugnación en procura de dicha garantía fundamental.

2. Finalmente, corresponde a la Sala estudiar si el aparte demandado, infringe el contenido del artículo 4º de la Ley 163 de 1994 “*Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral*” que prevé:

“ARTÍCULO 4º. RESIDENCIA ELECTORAL. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral.

Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio.

Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se

compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

Se exceptúa el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el cual se seguirán aplicando las disposiciones del Decreto número 2762 de 1991.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para los efectos del inciso final de este artículo, los residentes y nativos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán votar en todas las elecciones de 1994 con la sola presentación de la cédula de ciudadanía”.*

Manifiesta la parte actora que la anterior disposición legal se tiene como infringida, en la medida que el Consejo Nacional Electoral adelanta el proceso administrativo tendiente a investigar y dejar sin efecto las cédulas irregularmente inscritas, sin que los ciudadanos tengan la posibilidad de controvertir o allegar pruebas; es decir, que “... *el ciudadano queda a merced de la administración pública, sin la posibilidad de defenderse porque se obvia la debida notificación y se cercena el derecho a elegir y ser elegido por operaciones administrativas de las que no se tiene la certeza de qué tan ajustadas a Derecho y a la Constitución fueron pues, no se tuvo la oportunidad de hacerse parte del proceso*”.

De entrada, la Sala manifiesta que este cargo carece de vocación de prosperidad primero, porque del simple cotejo de la norma demandada y del artículo antes transcrito se advierte que no existe contradicción alguna por el contrario, la ley refiere a que el Consejo Nacional Electoral adelantará un procedimiento breve y sumario para dejar sin efecto la inscripción, en aquellos casos que se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, que es lo que en la práctica sucede.

Sumado a lo anterior, reitera la Sala que como ya se concluyó, no existe vulneración alguna a los derechos de los investigados, pues se les informa la apertura de la investigación y en los casos que se deja sin efecto la inscripción, los afectados cuentan con la posibilidad de recurrir la decisión, oportunidad en la cual podrán allegar las pruebas que consideren pertinente y rebatir las existentes.

Por otra parte, no sobra manifestar que incluso cuando el CNE opta por dejar sin efecto la inscripción, el ciudadano afectado con la decisión puede hacer uso de su derecho al voto en el municipio de su residencia o donde sufragó en las últimas elecciones, como se indica en el artículo 13 de la Resolución 0215 de 2007.

En consecuencia, no se advierte que el precepto demandado incurra en vulneración legal y tampoco constitucional razón por la cual se denegaran las súplicas de la demanda.

Sin perjuicio de lo anterior y luego de demostrar que no se desvirtuó la legalidad de la norma demandada, para la Sala resulta pertinente tener consideración el argumento expuesto por el demandado, según el cual entre el vencimiento del periodo de inscripciones de las cédulas para sufragar y la fecha en que se llevan a cabo elecciones, solo trascurren dos meses, lapso en el cual se deben resolver las múltiples solicitudes presentadas para dejar sin efectos las inscripciones irregulares.

El anterior lapso de por sí ya resulta suficientemente limitado para adelantar el trámite breve y sumario previsto en la resolución demandada, como para pretender, como lo expone la parte actora, que el inicio del procedimiento se notifique de manera personal y en los fallidos casos se proceda a la fijación del aviso, pues en dicha hipótesis bien podría ocurrir que no se alcance a investigar todas las cédulas denunciadas o también que antes de las elecciones, no estén resueltos los recursos presentados contra las decisiones de dejar sin efectos las irregulares inscripciones. En consecuencia, el trámite previsto resulta además de ajustado al ordenamiento legal, acorde para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho al voto.

El anterior panorama sí podría llegar a afectar el proceso electoral pues, conforme al supuesto formulado, algunas cédulas inscritas irregularmente y de las cuales no se pueda finiquitar la investigación administrativa sus titulares podrían sufragar, o incluso sería dable que las inscripciones que se dejaron sin efecto y en virtud del correspondiente recurso deban ser habilitadas para votar, los afectados no puedan ejercer su derecho al sufragio, al no ser resueltos antes de la celebración de los comicios. Esta situación llegaría a ser aún más lesiva para el proceso electoral.

En virtud de lo anterior y partiendo de la legalidad y constitucionalidad del aparte demandado y, en consideración de la brevedad de los términos con los que cuenta el CNE

para adelantar el trámite administrativo de que trata la Resolución 0215 de 2007, la Sala encuentra más que justificada la imposición de que el mismo sea breve y sumario, por las situaciones que rodean al trámite electoral.

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

FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las excepciones formuladas por la parte demandada

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda ejercida por la señora Luz Fanny García Ruiz.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 203 del C.P.C.A.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

Quinto: Advertir que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidenta

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - No se abstuvo de declarar la elección de los Representantes por Colombia ante el Parlamento Andino/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Declaró que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos cálidos depositados para el Parlamento Andino/VOTO EN BLANCO - Constituyó la mayoría de los votos cálidos depositados para el Parlamento Andino/VOTO PROTESTA - Constituyó la mayoría de los votos cálidos depositados para el Parlamento Andino

El incumplimiento de los deberes del CNE al abstenerse de reconocer a las personas (candidatos) que fueron elegidas para el Parlamento Andino, con lo cual desconoció la elección realizada democráticamente, desnaturalizó el Estado Social de Derecho y transgredió el carácter internacional del Parlamento Andino, así como la supranacionalidad que lo caracteriza, al asimilarlo a una Corporación Pública nacional y aplicarles los efectos y alcances del voto en blanco, sin contar con norma remisoría constitucional o legal que lo autorizara para aplicar analogía legislativa.

La Sala considera que en este punto, debe remitirse al contenido textual de la parte resolutive del acto demandado, toda vez que en defensa de la legalidad de la Resolución que se pretende anular, el Consejo Nacional Electoral decidió: “Artículo primero. Declarar que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino, período 2014-2018, y en consecuencia abstenerse de declarar la elección de los Representantes por Colombia ante este organismo (...)”.

De lo anterior se advierte que la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral se compone de dos partes, a saber: Una declarativa: que consiste en que el voto en blanco fue la mayor votación. Una consecuencial declarativa: abstenerse de declarar la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino.

En estricto sentido, lo que hizo fue declarar que el “voto protesta” fue mayoritario, ante su abrumador resultado equivalente al 53% del total de la votación válida. Así las cosas, no fue que se abstuviera de declarar la elección, al contrario lo que hizo fue declarar mayoritaria la expresión popular del disenso y no a una persona individualmente considerada en calidad de candidato.

Lo cierto es que si se determina que el voto en blanco es la mayoría real y cierta y absoluta frente a la totalidad de los votos válidos, es decir, la mitad más uno de estos, no puede entonces afirmarse que alguna de las personas naturales candidatas fueran las ganadoras del querer popular, pues la voluntad soberana del pueblo se materializó en el voto protesta.

Darle un alcance diferente, sí llevaría a desconocer contra el mandato constitucional la importancia electoral del voto en

blanco. Probatoriamente, conforme a las consideraciones que reposan en el acto demandado y al E-26 PA, los resultados de las votaciones para Parlamento Andino fueron los siguientes: En cuanto a partidos y candidatos: La afirmación de la parte actora de que se desconoció la votación millonaria obtenida por los candidatos individualmente considerados carece de sustento fáctico y jurídico y se aparta de la realidad, por cuanto el triunfador de las justas electorales del 9 de marzo de 2014 en el caso del Parlamento Andino, fue la opción electoral del “voto en blanco”.

Aseverar lo contrario, sí implicaría una violación flagrante a la voluntad popular del electorado quien con un abrumador 53% del total de la votación válida rechazó los candidatos que se presentaron a esas justas electorales y ello llevó a que con buen criterio el Consejo Nacional Electoral declarara que la opción más votada fuera la del voto en blanco frente y en comparación a los candidatos.

Ahora bien, el aparte de la censura que se sustenta en la violación al artículo 258 Superior que ordena repetir la elección cuando del total de votos válidos, el voto en blanco constituya la mayoría, no se advierte como deber incumplido de la máxima autoridad electoral, en razón a que se presentó tránsito de legislación proveniente de la derogatoria de la Ley 1157 de 2007 y que modificó el procedimiento de la elección.

De tal suerte que la votación directa y por voto popular, que era el sistema eleccionario regulado por esta, fue suprimido del ordenamiento jurídico por voluntad del legislador estatutario, para dar paso a un nuevo sistema de elección mediante la votación y escrutinio al interior de Corporación Pública (Senado y Cámara de Representantes) e incluso permitió al país cumplir con su compromiso internacional de propender por la integración andina mediante la designación de sus miembros al citado Parlamento.

En tal sentido y por virtud de la derogatoria que de la Ley 1157 de 2007 hiciera la Ley 1729 de 2014, la elección fue hecha, pero conforme al nuevo sistema de elección propio de una Corporación Pública. Con base en las anteriores razones el cargo no prospera.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - No desconoció el artículo 1 de la ley 1157 de 2007/LEY 1157 DE 2007 - No constituye una regulación omnicompreensiva y absoluta de la materia sobre el Parlamento Andino y sus elecciones

La inobservancia de la Ley 1157 de 2007, por cuanto el CNE desconoció el artículo 2º, porque la aplicación transitoria de la legislación electoral interna propia de las elecciones de Senadores de la República recae sobre materias determinadas como los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades y conforme al artículo 4º ibídem, sobre la forma de elección o el mecanismo electoral, pero no era remisible a la figura del voto en blanco, ya que esa Ley específica ni siquiera menciona tangencialmente el voto protesta.

En el caso que actualmente ocupa la atención de la Sala, el voto en blanco como se analizó atrás, sí superó la mayoría absoluta de la sumatoria total de la votación válida en un porcentaje superior al 53%, siendo entonces aplicable la parte de evolución normativa y de consideraciones jurídicas generales plasmadas en el antecedente jurisprudencial.

Un aspecto nuevo de discusión en este proceso es determinar si el voto en blanco tuvo o no una aplicación analógica al equiparar al Parlamento Andino con una Corporación Pública, más concretamente, con el Senado de la República.

Lo primero que debe advertirse es que el artículo 2º de la derogada Ley 1157 de 2007 al referirse al “régimen electoral aplicable”, hizo remisión legislativa al “sistema de elección” de los Representantes al Parlamento Andino, y se refiere al “régimen electoral transitorio establecido en la presente ley”, que será inaplicable en vigencia de los “instrumentos que establezca el régimen electoral uniforme” y remató con “salvo en lo que difiera expresamente a la normatividad interna colombiana”.

Se observa entonces que en un párrafo reducido parece utilizar indistintamente diversos vocablos para disímiles situaciones que pueden llevar a confusión. (...) Para la Sala, nada más alejado de la realidad que plantear que la Ley 1157 de 2007 constituya una regulación omnicompreensiva y absoluta de la materia sobre el Parlamento Andino y sus elecciones, por cuanto apenas contiene algunos dispositivos frente a temas específicos o aseverar que el único tema objeto de remisión legislativa es el sistema de elección, entendido como el sistema de votación o procedimiento de elección establecido por la Constitución o la ley, pues ello implica un imposible jurídico debido al corto texto de la misma Ley 1157 de 2007 y un flagrante desconocimiento al artículo 10 ibídem y a la interpretación armónica de los contenidos en esa misma regulación que permite aplicar a los vacíos que presente la citada Ley las normas que regulan la elección de Senadores de la República, sin que se conexe exclusivamente ni así se pueda entender que se hace referencia a determinados aspectos únicos y específicos del sistema electoral. Por las razones expuestas la censura no encuentra prosperidad.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - No se vulneró el artículo 103 de la Constitución Política/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Resolución que declara que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino

La violación al artículo 103 superior al desconocer la millonaria votación obtenida por los candidatos al Parlamento Andino cercenó la integración andina.

Indicó que el artículo 258 de la Constitución Política en su párrafo 1º ordena repetir la votación por una sola vez cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyen la

mayoría, pero ello es aplicable a las elecciones internas, sin que se mencione el caso de los miembros al Parlamento Andino. Tampoco debió aplicarse por parte del CNE el artículo 17 de la Ley 163 de 1994 porque su objetivo era regular el tema de las tarjetas electorales distintas a las del Parlamento Andino.

A simple vista el contenido de la norma constitucional sustento de la censura no se advierte incumplida y menos en la interpretación que la actora hace, por cuanto en este se prevé los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, entre ellos el voto, concepto dentro del cual –como ya se vio– se incluye el voto en blanco como opción de decisión electoral y se recaba en la aplicación del régimen interno sobre voto en blanco a las elecciones de los Parlamentarios Andinos.

La Sala en la fijación del litigio consideró necesario determinar el posible conflicto de incompatibilidad entre los artículos 2º y 10 de la Ley 1157 de 2007 y el párrafo 1º del artículo 258 constitucional, a fin de delimitar si el Parlamento Andino es o no una Corporación Pública y, de ahí determinar si la figura del voto en blanco es viable para la elección de aquel.

Corolario del análisis realizado en las demás censuras, se evidencia una perfecta armonía y complementación entre las normas legales y la constitucional, devenida de que en el orden de la jerarquía normativa tendría aplicación preponderante el régimen uniforme, pero ante su inexistencia, la legislación interna irrumpe para solucionar los vacíos tanto del sistema de elección como cualquiera otro remitiendo a la regulación propia de los Senadores de la República, en cuyo espectro se encuentra el voto en blanco, cuyo triunfo por disposición constitucional (par. 1º art. 258) implica la repetición de la votación porque constitucionalmente el Constituyente decidió darle efectos al voto protesta en el resultado electoral, más allá de la discusión de si el Parlamento Andino encaja en el concepto interno de Corporación Pública.

Las anteriores consideraciones permiten evidenciar que el cargo no está llamado a prosperar.

Por otra parte, tampoco encuentra la Sala que se haya cercenado la integración andina, como lo afirma la parte actora, en razón a que el nuevo régimen de la Ley 1729 de 2014, que derogó en forma expresa a la Ley 1157 de 2007 posibilitó la solución para que Colombia cumpliera con su compromiso internacional. Dirá la Sala entonces que el sistema electoral fue modificado, pasando de votación en elección popular a votación dentro de una Corporación Pública (Senado y Congreso) y que el efecto de la nueva ley que derogó la 1157 de 2007 implicó que ya no fuera necesario dar aplicación a la repetición de la elección popular ante el triunfo del voto en blanco en los comicios de 9 de marzo de 2014, en tanto el sistema de elección cambió, posibilitando la provisión de las curules de los Parlamentarios Andinos mediante votación en Corporación Pública sin generar incumplimiento al compromiso internacional al cual se vinculó Colombia años atrás.

En razón a que las censuras de la demanda no encuentran prosperidad, la Sala denegará las pretensiones de la demanda.

Norma demandada: Resolución 2525 de 2014 (9 de julio) Consejo Nacional Electoral (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00100-00

Actor: Gloria Isaza

Demandado: Consejo Nacional Electoral

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose causal de nulidad procesal que impida abordar el fondo del asunto, procede la Sala a decidir la acción de nulidad promovida contra la Resolución No. 2525 de 9 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral “por medio de la cual se declara que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para parlamento andino por Colombia ante este organismo, período 2014-2018, y se deciden las solicitudes presentadas acerca de esta elección”.

I. ANTECEDENTES

1.1. Las pretensiones

La señora GLORIA ISAZA, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad solicitó:

“PRIMERA: SE DECLARE nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 2525 de 2014 (9 de julio) del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, a través del cual se “declara que el voto en blanco constituyó la mayoría DE LOS VOTOS VÁLIDOS DEPOSITADOS PARA PARLAMENTO ANDINO Y SE ABSTIENE DE DECLARAR LA ELECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES POR COLOMBIA ANTE ESE ORGANISMO, período 2014-2018.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, DECLARAR ELEGIDOS A LOS CANDIDATOS A PARLAMENTO ANDINO QUE OBTUVIERON LA MAYOR VOTACIÓN conforme aparece en la Resolución No. 2525 de 2014 (9 de julio) del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, entre ellos la doctora Gloria Isaza con 102.697 votos del PARTIDO ALIANZA VERDE” (fls. 1 y 2 cdno. ppal).

1.2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, sostuvo:

1.2.1. La elección de Parlamento Andino acaeció el 9 de marzo de 2014 y se disputaron cinco (5) curules.

1.2.2. La Registraduría Nacional del Estado Civil en su calidad de organismo encargado de contabilizar los votos en Colombia dio a conocer los resultados de las elecciones al Parlamento Andino en el Boletín 42 de 10 de marzo de 2014, en el que informó lo siguiente:

Partido	Votos
Partido Conservador Colombiano	947,774
Partido Alianza Verde	815,628
Polo Democrático Alternativo	721,681
Partido Opción Ciudadana	309,970
Partido Unión Patriótica UP	256,779
Mov. Político Cien por Ciento por Colombia	137,670
Total votos por lista o partido	3,189,502
Votos en blanco	3,623,193
Total votos válidos	6,812,695

Señaló como posibles candidatos a ocupar las curules a los doctores: Leonor Zabalata Torres, Rafael Antonio Flechas Díaz, Gerardo de Jesús Cañas Jiménez, Gloria Isaza y Jaime Dussán Calderón.

1.2.3. Los doctores Gloria Isaza, Gerardo de Jesús Cañas y Jaime Dussán, por intermedio de apoderado, presentaron solicitud en ejercicio del derecho de petición, a efectos de que el CNE diera cumplimiento a su función constitucional de hacer efectiva la declaración de la elección al Parlamento Andino.

Al no recibir respuesta, incoaron demanda en tutela que fue negada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca porque no se habían realizado escrutinios.

1.2.4. Mediante Resolución 2525 de 9 de julio de 2014, el CNE indicó que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino y se abstuvo de “declarar la elección de los Representantes por Colombia ante este organismo”.

1.2.5. Contra esa decisión se presentó demanda de tutela que rechazó por improcedente el Tribunal Administrativo del Valle mediante sentencia de 31 de julio de 2014, desde la consideración de que el espacio de discusión de la controversia es la vía contencioso electoral (fls. 4 y 5 cdno. ppal.).

1.3. Normas violadas y concepto de violación

La actora consideró violadas las siguientes disposiciones:

i) Los artículos 3, 4, 40, 103, 227 y 258 de la Constitución Política;

ii) Los artículos 2º y 4º de la Ley 1157 de 2007;

iii) Los artículos 137, 139, 162 a 167 y 275 del CPACA.

Explicó que dentro del concepto de soberanía, el poder público emana del pueblo y no a la inversa y, no puede ir en contra de él porque desconocería su soberanía. La elección para escoger sus Representantes al Parlamento Andino es manifestación del ejercicio de ese poder soberano y no está supeditado a tergiversaciones o cuestionamientos ajenos a la juridicidad.

Afirmó que desconocer la elección democráticamente realizada es desnaturalizar el Estado de Derecho, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no podía abstenerse de reconocer elegidas a las personas que fueron escogidas para el Parlamento Andino con base en un acto administrativo ambiguo donde se dice del **carácter internacional** del Parlamento Andino, de su supranacionalidad, pero a su vez se le asimila, en forma contradictoria a ese carácter supranacional, a una Corporación Pública nacional.

Agregó, que no obstante esas reflexiones y la carencia de expresa remisión Constitucional y/o legal para aplicar los presupuestos, alcances y efectos del voto blanco, el CNE aplicó esta figura electoral a la elección del Parlamento Andino.

Así las cosas, no hay compatibilidad con la Constitución, porque esta no hace la remisión a la posibilidad de aplicar el voto en blanco a la elección de los parlamentarios andinos.

Por otra parte, la Ley 1157 de 20 de septiembre de 2007 debió ser acatada por el CNE, ley que rigió las elecciones 2014-2018 para Parlamento Andino, que no consagra el voto en blanco y que dispone en su artículo 2º que mientras se establece un régimen electoral uniforme, el sistema de elección se regirá por la legislación electoral colombiana, sin que se mencione, ni siquiera tangencialmente, la figura del voto en blanco.

Arguyó que como candidatos sí se sometieron a todas las exigencias para inscribirse y participar en las elecciones al Parlamento Andino, ejercieron su derecho de elegir y ser elegido y resultaron triunfadores sin cortapisa alguna, para que ahora se esgrima que el voto en blanco constituyó la mayoría absoluta de la votación.

Es más, la Corte Constitucional cuando revisó el proyecto de ley que reformó la Ley 1157 de 2007, fue categórica al considerar que el voto representa la voluntad del pueblo y por ello cuando se ha manifestado en las urnas, su decisión debe ser respetada de acuerdo con las reglas vigentes al momento en que esta se produjo y agregó *“para nada menciona ni remotamente el que se aplicaría el VOTO EN BLANCO, y ello es así, porque una cosa es el instrumento electoral aplicable a través de la Registraduría, es decir, lo operativo para evitar otras elecciones, y otra que el CNE motu proprio autodetermine aplicar el voto en blanco”* (fl. 8 cdno. ppal.).

La violación del artículo 103 superior se sustenta en que todo el esfuerzo popular de integración andina plasmado en millonaria votación es cercenado por intereses no democráticos, por cuanto los miembros del CNE son servidores públicos sometidos a la Constitución y a la ley.

Dijo fundamentar la demanda en el mismo acto demandado, esto es, la Resolución 2525 de 9 de julio de 2014 del CNE, pues el artículo 258 constitucional, modificado por el A. L. 1/2003 (art. 11), parágrafo 1º, modificado por el A. L. 1 de 2009, ordena repetir por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría, pero en ninguna parte la norma se refirió al Parlamento Andino.

La norma no deja duda sobre a quiénes se aplica constitucionalmente el *VOTO EN BLANCO*. Además, el Parlamento Andino se asimila a la Corporación Pública Senado tan solo para efectos de la elección, pero no tiene la connotación *INTERNA DE LAS CORPORACIONES* como el Congreso, las Asambleas y los Concejos Municipales, donde se toman decisiones a través de leyes, ordenanzas o acuerdos que son de obligatorio acatamiento, el *PARLAMENTO ANDINO*, como lo dicen las consideraciones del CNE en el acto que se demanda (numeral 3.1), es producto del Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena, reconociendo así el carácter supranacional del organismo, lo cual lo abstrae de la aplicación del voto en blanco, en el que no se toman decisiones, como claramente lo explicó la sentencia C-256 de 2014, al calificarlo como órgano deliberante dentro de la representación de los pueblos y ciudadanos en el proceso de integración, a través de recomendaciones de la Comunidad Andina de Naciones.

La Constitución Política en el artículo 227 sobre la integración regional determinó las elecciones directas para la conformación del Parlamento Andino y de ahí que se expidiera la Ley 1157 de 2007 que las reguló sin que hubiera consagrado la aplicación del *VOTO EN BLANCO* *“sino aplicar los mecanismos de elección en una clara significación de aborrazar costos”*.

Las normas invocadas del CPACA son aplicables al caso, por cuanto el acto administrativo que se demanda se expidió con infracción de las normas en las que debió fundarse, esto es, la Ley 1157 de 2007, el artículo 258 superior (mod. A. L. 1º/03, art. 11) y el parágrafo 1º de ese mismo mandato (mod. A. L. 1/09) y con la C-256/14.

II. COADYUVANCIA A LA PARTE DEMANDANTE

El doctor RAFAEL ANTONIO FLECHAS DÍAZ, abogado de profesión, en nombre propio, en calidad de tercero con interés directo en las resultas del proceso, coadyuvó la demanda.

Indicó que la decisión administrativa que se pretende sea anulada desconoce la obligación de los Magistrados del CNE y conllevó transgredir la legalidad e incurrir en situaciones de hecho contrarias al Estado de Derecho, toda vez que no

podían interpretar ni aplicar las normas en forma arbitraria como aconteció con el voto en blanco, ya que este conforme al artículo 258 de la Constitución Política no es aplicable a la elección de representantes por Colombia al Parlamento Andino.

Como consecuencia de lo anterior, se debe ordenar al CNE declarar elegidos a los cinco (5) candidatos de los partidos que obtuvieron su curul ante dicho organismo internacional; Asimismo se declare que los votos obtenidos por los candidatos del Partido Conservador son válidos y legalmente obtenidos en las justas electorales del 9 de marzo de 2014.

Agregó a los hechos de la demanda coadyuvada los siguientes:

-El día 20 de noviembre de 2013, el coadyuvante se inscribió en la lista a las elecciones al Parlamento Andino por el Partido Conservador Colombiano.

-El día 15 de enero de 2014, a solicitud del Partido Conservador, presenté renuncia a la inscripción referida.

-El día 21 de febrero de 2014, el Dr. Alfonso Portela Herrán, en calidad de Registrador Delegado en lo Electoral, notificó al Partido Conservador Colombiano, el acto administrativo No. 400 que le indicaba a la colectividad que no era posible retirar a los candidatos de las listas del Partido Conservador Colombiano porque el plazo para tal efecto ya había vencido.

Sobre el asunto de fondo indicó que la regulación del Parlamento Andino está consagrada en la Ley 1157 de 2007, que tan solo remite al tema de los Senadores en cuanto a la forma de elección y lo especifica en el artículo 10, precisamente porque los Parlamentarios Andinos no representan entes territoriales, sino a Colombia, por eso la similitud con el Senado.

Aunque los criterios de elección y escogencia de los Parlamentarios Andinos se cumplieron, el CNE desconoció la decisión de Colombia de tener sus Representantes ante el Parlamento Andino, aplicando la figura del voto en blanco prevista en el artículo 17 de la Ley 163 de 1994 “*que tuvo un direccionamiento interno para las tarjetas electorales imperantes distintas a las del Parlamento Andino que solo en el año 2010 fue llevado a las urnas y la ley 1157 de 2007, no solo es posterior, sino que no previó el voto en blanco, por ello se rechaza la interpretación que a renglón seguido hacen del artículo 258 de la Constitución en cuanto a los efectos del voto en blanco en el parágrafo 1 modificado por el artículo 9 del Acto Legislativo 1 de 2009*”, cuando la realidad de las cosas es que la norma constitucional, superior en jerarquía y de obligatoria observancia, es clara en que la previsión del voto en blanco, se aplica para corporación pública, gobernador, alcalde y primera vuelta presidencial, en los cuales no encaja el Parlamento Andino.

El artículo 2º de la Ley 1157 de 2011 prevé el régimen electoral aplicable a la designación de los parlamentarios andinos y el artículo 10º contiene la previsión sobre cómo llenar los vacíos de regulación mediante el régimen electoral interno.

Pues bien, el CNE para adoptar la decisión sobre el acto de elección debió dar aplicación al artículo 4º Superior, ya que el vacío al que hace referencia la Ley 1157 de 2007 es transitorio y vigente hasta tanto los países andinos establezcan un régimen electoral uniforme. Además, la remisión a la ley electoral Colombiana no es otra que al Código Electoral (Decreto 2241/86) que tan solo prevé el concepto o definición del voto en blanco, en su artículo 137¹. No era viable entonces que el CNE se hubiera remitido a otra norma constitucional inaplicable a la particular situación de la elección del Parlamento Andino.

A título de ejemplo del porqué no es viable la remisión a las normas de Senadores indicó: “*Pido analizar el Art. 171 de la Constitución Política de Colombia, para DEMOSTRAR que el vacío no se aplica utilizando la Constitución, si eso fuera así entre las curules que ordena el art. 3º de la Ley 47 de 1983 por medio de la cual se aprueba ‘el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino’, firmado en la Paz el 25 de octubre de 1979, y los dos adicionales para minoría como lo ordena el artículo 171 de la Constitución Política de Colombia. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas...*” (fl. 116 cdno. ppal.). Concluyó así que si al Parlamento Andino se le aplicara la misma normativa de Senadores para suplir los vacíos, serían cinco (5) curules que ordena la ley y dos (2) por minorías.

Indicó que, al momento de presentar el escrito de coadyuvancia, supo de la derogatoria de la Ley 1157 de 2011 por el estudio previo de constitucionalidad fue declarado exequible en sentencia C-256-2014 y se consideró frente al nuevo sistema de elección entre los Congresistas “*se advierte que este artículo debe interpretarse de forma armónica con el principio de prevalencia del voto, de modo que una vez el pueblo se ha manifestado a través de él, su decisión debe ser respetada de conformidad con las reglas vigentes al momento en que esta se expresó*”.

Así las cosas, no se puede aplicar para las elecciones de Parlamento Andino (2014-2018) realizadas el 9 de marzo de 2014 porque ya hubo manifestación del pueblo en las urnas, porque precisamente es norma aplicable para el momento de la elección, las Leyes 1157 de 2007 y 1475 de 2011 y la Resolución 10367 de 2013 por medio de la cual el Registrador Nacional del Estado Civil fijó el calendario electoral 2014-2018.

De tal suerte, que el Parlamento Andino que nació con la convocatoria de 9 de noviembre de 2013 y con la fijación

1 El artículo 137 del Código Electoral en su literalidad dispone: “El voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emita en blanco. El voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cociente electoral. El voto ilegible es nulo”.

del calendario electoral para las elecciones del Congreso y Parlamento Andino 2014-2018, debió concluir con la declaratoria de elección y la entrega de credenciales de los elegidos, y no se puede cambiar las reglas de juego aplicables al día de la elección, so pena de incurrir en violación del debido proceso.

Por otra parte, el voto en blanco no se aplica por analogía y la Corte Constitucional exige el respeto por la voluntad popular. Es claro, que el desmonte de la elección popular de Parlamentarios Andinos fue desmontada, pero hacia futuro luego de las elecciones 2014-2018.

Para el Parlamento Andino, indicó, no cuentan los votos en blanco en la estructura del Estado, en tanto su naturaleza es comunitaria y representa a los pueblos de la Comunidad Andina. La misión del Parlamento Andino no es legislar sino representar a los pueblos y ciudadanos en el proceso de integración, razón por la cual en el artículo 9º de la Ley 1157 de 2007, cuenta con personalidad jurídica internacional y sus miembros gozan de inmunidad diplomática.

Las normas de remisión al régimen interno colombiano es tan solo para efectos del calendario y mecánica electoral para la elección, nada más.

El coadyuvante, desarrolló un segundo punto independiente de la argumentación de la demanda que coadyuva que tituló “*Renuncia candidatos partido Conservador*”. Explicó al respecto que el numeral 3.3 de la Resolución 2525 de 9 de julio de 2014, el CNE hizo referencia a la renuncia de los candidatos inscritos por el Partido Conservador Colombiano, a quienes favorecieron 959.439 votos, conforme al E-26, votación que no puede ser incluida dentro del universo de votos válidos que sirven de parámetro para determinar la mayoría necesaria para que el voto en blanco surta efectos.

Lo anterior porque aunque dicho partido presentó e inscribió válidamente su lista de candidatos al Parlamento Andino (formulario E-6 PA), estas aspiraciones fueron declinadas antes de las elecciones. Los candidatos renunciaron por solicitud de la colectividad, por cuanto manifestó que no apoyaría candidatos, la renuncia no fue aceptada como se lee en la Resolución 400 del Registrador Nacional del Estado Civil, debido a la extemporaneidad en su presentación, pues excedió el máximo de los cinco (5) días siguientes a la fecha de cierre de las correspondientes inscripciones, que transcurrió entre el 9 de noviembre hasta el 9 de diciembre de 2013, venciendo el 16 de diciembre siguiente y la renuncia de sus candidatos la presentó el partido, extemporáneamente, el 24 de enero de 2014.

Incurrió en error el CNE al indicar en la Resolución demandada que los votos a favor de los candidatos del Partido Conservador no podían ser tenidos en cuenta dentro de los votos válidos porque las aspiraciones de sus candidatos fueron declinadas antes de las elecciones, ya que las renunciaciones no fueron

voluntarias pues se hicieron a solicitud del partido y no fueron aceptadas por la RNEC y esa es la razón por la cual el interviniente continuó con su campaña y el 9 de marzo de 2014 obtuvo 181.017 votos, que implicó su desistimiento implícito a la renuncia a la inscripción de la candidatura que presentara por solicitud del partido el 16 de diciembre de 2013.

Finalmente indicó sobre el incumplimiento del CNE al artículo 258 de la Constitución Política, pues a pesar de que la candidata Leonor Zabalata solicitó mediante petición de 17 de julio de 2014 información pronta sobre las acciones administrativas pertinentes para el efectivo cumplimiento de la Resolución 2525 de 2014 con el fin de repetir por una sola vez las elecciones al Parlamento Andino, el CNE incumplió su deber de ordenar o coordinar con la RNEC dicha repetición y, en su lugar, se abstuvo de declarar la elección (fls. 111 a 124 cdno. ppal.).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Consejo Nacional Electoral (CNE), en calidad de entidad demandada que expidió el acto administrativo demandado, se opuso a las pretensiones de la demanda. Explicó que las funciones del CNE constituyen mecanismo que garantiza los valores superiores o derechos fundamentales, la armonía del sistema jurídico responsable de integrar y controlar toda la actividad electoral y no hace parte de las tradicionales ramas del poder público, de conformidad con la voluntad del Constituyente de 1991.

Aunado a lo anterior, el CNE desde la perspectiva convencional muestra unas competencias propias de la integración en el sistema de protección de derechos políticos, que son también derechos del ciudadano, que facultan y aseguran la participación en la dirección de asuntos políticos.

El nexo entre democracia y derechos humanos se encuentra en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se lee: “*La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*”.

Respecto de la aplicación e interpretación de los derechos políticos confluyen el Derecho Internacional Público, es decir: los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 3.1 y 18), que impone como criterio hermenéutico la buena fe.

Por otra parte, el principio democrático avala la existencia de los derechos políticos, los cuales conceden a su titular una participación en la formación de la voluntad social. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos con buen criterio ha indicado que en la sociedad democrática, constituyen una triada: los derechos y libertades de la persona, sus garantías y el Estado Social de Derecho y, la Carta de la Organización de Estados Americanos OEA declara en su preámbulo que la

democracia participativa es “*condición indispensable para la estabilidad, paz y desarrollo de la región*” y destaca la necesaria organización política para el debido ejercicio de la democracia.

El memorialista destacó el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en desmedro del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la Convención o de la normativa interna del Estado miembro o limitarlos en mayor medida que la prevista en el Convención o excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano y, en el artículo 30 siguiente, dispone que los derechos y libertades convencionales solo pueden ser aplicados conforme a leyes de interés general y conforme al propósito para el cual han sido establecidas.

Mencionó a partir de casos prácticos juzgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los principios de igualdad y no discriminación; de efectividad de los derechos políticos (arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) deben hacerse efectivos mediante las necesarias conductas gubernamentales, materializadas en la expedición de normas y adopción de medidas para implementar los derechos y las oportunidades del ejercicio de derechos políticos.

Concluyó “*las medidas de protección a los derechos políticos humanos en Colombia, no están limitadas para su imposición solo por los derechos individuales o un deber legal, o reconocimiento expreso Constitucional, sino por la protección del derecho que se pretende respetar, el cual de ser de tal naturaleza, que mediante el ejercicio de la función de control se protejan objetivos constitucionalmente relevantes sí, pero también observando el marco convencional internacional de manera paralela como mecanismo de protección a los derechos humanos fundamentales del hombre*”. (fl. 146 cdno. ppal.).

Respecto de la legislación interna indicó que la Ley 1157 de 20 de septiembre de 2007 (arts. 2º y 10º), en armonía con el artículo 227 de la Constitución Política de 1991 y los Acuerdos Andinos suscritos, evidencian que Colombia debe fomentar la integración regional, señalando que la ley podría establecer elecciones directas para la conformación del Parlamento Andino.

Precisamente la ley en cita, reglamentó la elección directa, mediante sufragio universal de los parlamentarios andinos e indicó que el régimen en ella contenido se mantendría vigente hasta tanto se adoptara el régimen electoral uniforme comunitario, el cual no ha sido aún expedido. Se dispuso que como requisitos se exigirían los mismos que para Senadores de la República y les sería aplicable los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de estos y que su elección se efectuaría con las justas Congresales y el período sería el mismo.

Indicó que en cumplimiento de la garantía constitucional, se determinó la expedición de una ley que permitiera la adecuada integración del país a las estructuras internacionales, y fue propósito del Constituyente que el legislador definiera el régimen electoral aplicable a los Parlamentarios Andinos. Fue el legislador nacional quien determinó que la elección de estos se rigiera por la ley interna electoral.

De tal suerte que las consecuencias del voto en blanco permean la elección, no en atención a la naturaleza propia de este organismo internacional sino a consecuencia de la equiparación de la elección al sistema electoral de Senadores, siendo aplicables las consecuencias del voto protesta.

Aseveró que interpretarlo de manera diferente es atentar contra el principio de efectividad constitucional que define que “*la elucubración válida posible a realizar cuando existan conflictos entre normas reguladoras o dogmáticas y la Constitución, o, como en este caso, la inexistencia de un marco jurídico supranacional que estableciera el proceso electoral de candidatos a Parlamento Andino en representación del país; se deberá prevalecer en atención al efecto útil del sistema Constitucional, que en este caso, no es otro que el de equiparar la elección de los candidatos al Parlamento Andino, a las disposiciones legales vigentes del sistema electivo en Colombia, dentro de los cuales se encuentra definido el Voto en Blanco como un posible resultado vencedor...*” (fls. 148 a 149 cdno. ppal.).

Las competencias constitucionales preferentes deben ser agotadas en aras de garantizar el respeto al sistema constitucional que se caracteriza por su supremacía que genera un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas debido a su fuerza y por el de reforma.

Ahora bien, la Ley 1157 de 2007 de orden declarativo implica que para su interpretación debe indagarse sobre su *ratio legis* o propósito perseguido, así como la *occasio legis* que son las circunstancias particulares que determinaron la expedición de la norma, que para el caso concreto, es la inexistencia de marco jurídico comunitario de carácter internacional que determine el proceso electoral de los representantes por Colombia ante el Parlamento Andino, lo que desembocó en que el legislador equiparara el régimen aplicable a las disposiciones legales internas vigentes.

Invocó el precedente jurisprudencial de la Sección Quinta de 9 de marzo de 2012 (exp. 20100002900), en el que se consideró que mientras las reglas uniformes regionales no se dictaran, las elecciones de los parlamentarios andinos se registrarán por la normativa interna, incluida la repetición de elecciones en el evento de que el voto en blanco resultare ser mayoritario frente al total de votos válidos (fls. 138 a 150 cdno. ppal.).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. **La parte demandante** adujo que la demandada no desvirtuó los cargos de ilegalidad contra el acto demandado

y que tratándose de una de las facetas de la democracia como es la escogencia de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino y la soberanía electoral del pueblo colombiano para ser reconocidos como Estado soberano en el concierto internacional, siendo necesario que se declare nulo el acto demandado y *“como consecuencia de lo anterior, declarar elegidos a los candidatos al Parlamento Andino que obtuvieron la mayor votación conforme aparece en la Resolución No. 2525 de 2014 (9 de julio) del Consejo Nacional Electoral, entre ellos la Doctora Gloria Isaza con 102.697 votos del Partido Alianza Verde”*.

Indicó que la razón fundamental para que la elección de los Representantes al Parlamento Andino fuera regida por la normativa interna para los Senadores se limitó a la mecánica electoral y se buscaba evitar mayores costos unificando ambas justas en un mismo día, sin que ello implique igualar las elecciones ni los cargos.

Avalar la validez de la Resolución 2525 de 2014 es poner en entredicho la voluntad popular y la soberanía que en ella reside de conformidad con el artículo 3º superior, pues el poder público dimana del pueblo soberano que no se puede desconocer por interpretaciones que no es permitido hacer al CNE, toda vez que equiparó al Parlamento Andino con el Congreso y les otorgó igual tratamiento para efectos del voto en blanco.

El derecho soberano del pueblo es elegir a sus representantes al Parlamento Andino. Manifestó su desacuerdo a la contestación de la demanda del CNE porque no se debe interferir en el cumplimiento de los tratados internacionales, pues el derecho es cada vez más global que interno. Además, el derecho interno tampoco le otorga al CNE la facultad de abstenerse de declarar la elección en contra de la voluntad popular de tres millones de votantes a favor de los candidatos del Parlamento Andino y, ello no resulta avalado ni por el artículo 258 de la Constitución Política ni por la Ley 1157 de 2007.

Más aún cuando en esta última ley ni siquiera se toca tangencialmente la figura del voto en blanco y cuando la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de lo que entonces era el proyecto de ley indicó en forma perentoria que el voto es el *“mecanismo democrático con excelencia, representa la voluntad del pueblo, y es por ello, que una vez este se ha manifestado en las urnas, su decisión debe ser respetada, de conformidad con las reglas vigentes al momento en que esta se produjo”* y no mencionó tampoco el tema del voto en blanco.

La misma Corte Constitucional ha calificado al Parlamento Andino como autoridad supranacional, siendo esta su naturaleza y característica y en la sentencia C-256 de 2014 en la que analizó el entonces proyecto de Ley Estatutaria con el que se derogó la Ley 1157 de 2007 indicó que dentro de la libertad de configuración legislativa dio validez a muchas de

las decisiones legislativas como la de permitir las elecciones al tiempo con las de Congreso, pero fue clara en que debía darse aplicación al principio de prevalencia del voto, por cuanto una vez manifestada la voluntad del pueblo, esta debe ser respetada *“con las reglas vigentes al momento en que esta se expresó”*.

Indicó sobre el Acta 030 de 8 de julio de 2014 donde consta la discusión previa al interior del CNE para adoptar la decisión impugnada que en realidad no contiene argumentos de derecho, carece de fundamento constituyendo así vía de hecho al imponer una voluntad no sustentada (fls. 462 a 478 cdno. ppal.).

4.2. El tercero con interés directo, reiteró los planteamientos expuestos en su escrito de coadyuvancia a la demanda (fls. 479 a 492 cdno. ppal.).

4.3. La parte demandada indicó que las censuras de la parte actora carecen de sustento probatorio, por cuanto es errado que el demandante afirme que el CNE no declaró la elección de los parlamentarios andinos, porque el acto demandado lo que hizo en la realidad material fue declarar al ganador de los comicios electorales que fue el voto en blanco un candidato específico. Así, entonces el CNE respetó la voluntad popular cuya votación se inclinó hacia el voto protesta.

Esas razones llevan a desvirtuar la acusación de que el CNE no aseguró ni protegió la soberanía del pueblo, toda vez que la decisión se soportó en los resultados reales de la votación expedidos por la autoridad competente la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Tampoco presenta prueba sobre la acusada intención del CNE de impedir u obstaculizar la integración regional. Por el contrario, se advierte que la decisión estuvo sujeta a la necesidad de garantizar la voluntad popular en el resultado de las elecciones y fue acorde al marco legal interno que reguló la integración de los países del área andina.

Agregó que la falta de regulación internacional no es que haga imposible aplicar la figura en blanco *“si eso fue así, no es posible extraer al voto en blanco de ese marco jurídico, máxime aún, cuando ese gana la contienda electoral, desconocer sus implicaciones, sería Asimismo desconocer el resultado real emitido en las urnas y defraudar al pueblo en su afán de demostrar que, o no le gustan los candidatos inscritos o no le encuentran sentido a ese organismo supranacional por lo tanto votaron en blanco”* (fl. 499 cdno. ppal.).

Es necesario remarcar que el voto es una entidad jurídica en Colombia, y que hace parte de la legislación electoral colombiana, así las consecuencias del voto en blanco permean la elección mediante sufragio de los integrantes al Parlamento Andino, no en atención a la naturaleza propia del organismo internacional sino como consecuencia de la equiparación de su

elección al sistema electoral de Senadores de la República, que como Corporación Pública, le es aplicable los efectos del voto protesta, sin que hubiera sido necesaria previsión expresa en la ley sobre elecciones del Parlamento Andino.

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda (fls. 495 a 501 cdno. ppal.).

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó desestimar las pretensiones de la demanda de nulidad, con sustento en las siguientes razones:

De acuerdo con las normas constitucional de integración regional y la específica Ley 1157 de 2007, se infieren dos reglas en relación con la legislación que se ha de aplicar para las elecciones de los integrantes del Parlamento Andino, a saber:

i) mientras se establece el régimen electoral uniforme, el sistema de elección de los Representantes ante el Parlamento Andino se regirá por la legislación electoral colombiana;

ii) en el caso de vacío legislativo, se interpretarán conforme a las normas aplicables a los Senadores de la República. Indicó que la normativa es clara, siendo así no puede dejarse de aplicar so pretexto de consultar su espíritu.

Así las cosas, el artículo 258 constitucional, con la reforma del Acto Legislativo 01 de 2009, dispone que debe repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de Corporación Pública, entre otros cargos, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituya mayoría y en ese mismo sentido se pronunció la Sección Quinta del Consejo de Estado, en antecedente² el cual transcribió y extractó la consideración de que mientras las reglas electorales uniformes no se dicten, las elecciones de representantes al Parlamento Andino se regirán por la normativa interna “entre ellas, aquella que determina la repetición de la respectiva elección en el evento en que el voto en blanco resulte ser mayoritario frente al total de votos válidos”. Invocando este antecedente, se decidió la solicitud de suspensión provisional dentro de este proceso.

Considera que lo pretendido por la parte actora es la aplicación parcial del régimen legal aplicable a Senadores, sin que sean admisibles escisiones o fragmentaciones a partir de lo que resulta más favorable.

Las operaciones matemáticas que adelantó el CNE fueron acordes a las disposiciones superiores resultó mayoritario el voto en blanco, como en efecto lo expresó el acto demandado (fls. 453 a 461 cdno. ppal.).

² Sentencia de 9 de marzo de 2012. Exp. 2010-00029, 2010-00034, al decidir la demanda de nulidad contra la Resolución 1509 de 2010.

VI. TRÁMITE DEL PROCESO

El 13 de febrero de 2015, se realizó la audiencia inicial, en la cual se adelantó el saneamiento del trámite; se reconocieron personerías; se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

De conformidad con el artículo 179 del CPACA (último inciso), en atención a que el asunto es de puro derecho y a que las pruebas son eminentemente documentales, el Despacho prescindió de la etapa para la práctica de pruebas (fls. 164 a 175 cdno. ppal.).

Por auto de 27 de abril de 2015 se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos, y luego entregar el expediente al agente del Ministerio Público, si este así lo solicitare, para que en el término de 10 días rindiera concepto de fondo (fl. 373 cdno. ppal.).

Mediante auto de 15 de mayo de 2015 se rechazó por extemporánea la solicitud de intervención de terceros presentada por varios Concejales del país, por cuanto ya había pasado la audiencia inicial (art. 223 CPACA). Fls. 502 a 503 vto. cdno. ppal.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 –modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003–, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso, por cuanto se trata de una acción de nulidad contra acto de contenido electoral.

2.2. Prueba del acto acusado

Reposa en copia autenticada la Resolución 2525 de 9 de julio de 2014 “por medio de la cual se declara que el voto en blanco constituyó la mayoría de votos válidos depositados para Parlamento Andino y se abstiene de declarar la elección de los Representantes por Colombia a este organismo, período 2014-2018, y se deciden las solicitudes presentadas acerca de esta elección”, expedida por el Consejo Nacional Electoral (fls. 376 a 383 vto. cdno. ppal.).

También obra el E-26 PA o Acta General de Escrutinio (fls. 384 a 385 vto. cdno. ppal.).

2.3. Estudio de fondo del asunto

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto que declaró que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino y se abstuvo de

declarar la elección de los representantes por Colombia ante este organismo.

2.3.1. La fijación del litigio y los cargos

En la audiencia inicial, el Despacho fijó el litigio, sin que las partes recurrieran o manifestaran su desacuerdo, razón por la cual la Sección Quinta decidirá conforme a los límites y al problema jurídico que se delimitó en los siguientes términos:

Determinar si el acto demandado que se abstuvo de declarar la elección de los Representantes por Colombia ante el Parlamento Andino (2014-2018) y que informó que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos (Resolución 2525 de 9 de julio de 2014) es nulo por aplicar el régimen electoral nacional en forma absoluta, concretamente en cuanto a las consecuencias y alcances del voto en blanco.

Se indicó que conforme al concepto de violación complementado con los planteamientos del tercero con interés directo doctor Rafael Antonio Flechas Díaz, en aquello que le es accesorio al planteamiento de su coadyuvada (parte demandante), los argumentos sustento de la pretensión anulatoria y de la *causa petendi*, son a saber:

a) El **incumplimiento de los deberes del CNE** al abstenerse de reconocer a las personas (candidatos) que fueron elegidas para el Parlamento Andino, con lo cual desconoció la elección realizada democráticamente, desnaturalizó el Estado Social de Derecho y transgredió el carácter internacional del Parlamento Andino, así como la supranacionalidad que lo caracteriza, al asimilarlo a una Corporación Pública nacional y aplicarles los efectos y alcances del voto en blanco, sin contar con norma remisoria constitucional o legal que lo autorizara para aplicar analogía legislativa.

La Sala considera que en este punto, debe remitirse al contenido textual de la parte resolutoria del acto demandado, toda vez que en defensa de la legalidad de la Resolución que se pretende anular, el Consejo Nacional Electoral decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO. Declarar que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino, período 2014-2018, y en consecuencia abstenerse de declarar la elección de los Representantes por Colombia ante este organismo (...)”.

De lo anterior se advierte que la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral se compone de dos partes, a saber:

Una **declarativa**: que consiste en que el voto en blanco fue la mayor votación.

Una **consecuencial declarativa**: abstenerse de declarar la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino.

En estricto sentido, lo que hizo fue declarar que el “voto protesta” fue mayoritario, ante su abrumador resultado equivalente al 53% del total de la votación válida. Así las cosas, no fue que se abstuviera de declarar la elección, al contrario lo que hizo fue declarar mayoritaria la expresión popular del disenso y no a una persona individualmente considerada en calidad de candidato.

Sin ninguna duda, en Colombia debe entenderse, debido a las consecuencias otorgadas legalmente, que el voto en blanco es un *sui generis* “candidato”, entendida la expresión “candidato” no dentro del concepto idiomático de la Real Academia de la Lengua que en forma unívoca alude a “*persona natural*”, sino en su sentido amplio y semiótico de una **opción electoral** que tienen los votantes como reflejo de su voluntad inconforme, tanto así que se contabiliza dentro de los votos válidos pero en forma autónoma e independiente de la votación obtenida por cada candidato y partido y se diferencia en forma abismal del abstencionismo y es ajeno al voto nulo.

Lo cierto es que si se determina que el voto en blanco es la mayoría real y cierta y absoluta frente a la totalidad de los votos válidos, es decir, la mitad más uno de estos, no puede entonces afirmarse que alguna de las personas naturales candidatizadas fueran las ganadoras del querer popular, pues la voluntad soberana del pueblo se materializó en el voto protesta. Darle un alcance diferente, sí llevaría a desconocer contra el mandato constitucional la importancia electoral del voto en blanco.

Probatoriamente, conforme a las consideraciones que reposan en el acto demandado y al E-26 PA (véanse fls. 384 a 385 vto. cdno. ppal), los resultados de las votaciones para Parlamento Andino fueron los siguientes:

En cuanto a partidos y candidatos:

Nombre del candidato	Partido o movimiento político	Votación
Partido Opción Ciudadana	Partido Opción Ciudadana	321.176
Partido Alianza Verde	Partido Alianza Verde	372.546
Leonor Zabaleta Torres	Partido Alianza Verde	201.949
Germán Guzmán Arias	Partido Alianza Verde	85.546
Gloria Isaza	Partido Alianza Verde	106.738
Fabio Arias Giraldo	Partido Alianza Verde	65.393
Polo Democrático Alternativo	Polo Democrático Alternativo	743.272

Nombre del candidato	Partido o movimiento político	Votación
Mov. Político Cien por Ciento por Colombia	Mov. Político Cien por Ciento por Colombia	93.415
César Augusto Báteman Romero	Mov. Político Cien por Ciento por Colombia	45.146
Partido Unión Patriótica UP	Partido Unión Patriótica	107.284
Lilia Clemencia Solano Ramírez	Partido Unión Patriótica "UP"	72.850
Francisco Javier Bello Durán	Partido Unión Patriótica "UP"	18.761
Carlos Ignacio Sabogal Tamayo	Partido Unión Patriótica "UP"	28.181
Ligia Acevedo Jiménez	Partido Unión Patriótica "UP"	18.518
Beatriz Bayona Sanjuán	Partido Unión Patriótica "UP"	13.079
Total votos por candidatos y partidos		2.293.774

Con respecto a las sumas globales de votos, el E-26PA da cuenta de lo siguiente:

Ítem	Votos totales	Porcentaje
1) Votación total	10.336.936	100%
2) Votación no marcada	-2.873.725	27%
3) Votos nulos	-512.932	4,96%
Total votación válida 1) = 2)- 3)	6.950.279	67,23%

De lo anterior se evidencia que la votación restante para tener en cuenta es la siguiente:

Ítem	Votos totales	Porcentaje
1) Votación total luego de descontados los votos nulos y no marcados 1) = 2) + 5)	6.950.279	100%
2) Votos en blanco	3.698.836	53,22%
3) Votos lista retirada Partido Conservador Colombiano	957.669	13,77%
4) Votos totales por candidatos y partidos	2.293.774	33,00%
5) Subtotal parcial de votación por candidatos o partidos 5) = 3) + 4)	3.251.443	46,78%

La afirmación de la parte actora de que se desconoció la votación millonaria obtenida por los candidatos individualmente considerados carece de sustento fáctico y jurídico y se aparta de la realidad, por cuanto el triunfador de las justas electorales del 9 de marzo de 2014 en el caso del Parlamento Andino, fue la opción electoral del "voto en blanco".

Aseverar lo contrario, sí implicaría una violación flagrante a la voluntad popular del electorado quien con un abrumador 53% del total de la votación válida rechazó los candidatos que se presentaron a esas justas electorales y ello llevó a que con buen

criterio el Consejo Nacional Electoral declarara que la opción más votada fuera la del voto en blanco frente y en comparación a los candidatos.

Ahora bien, el aparte de la censura que se sustenta en la violación al artículo 258 Superior que ordena repetir la elección cuando del total de votos válidos, el voto en blanco constituya la mayoría, no se advierte como deber incumplido de la máxima autoridad electoral, en razón a que se presentó tránsito de legislación devenida de la derogatoria de la Ley 1157 de 2007 y que modificó el procedimiento de la elección.

De tal suerte que la votación directa y por voto popular, que era el sistema eleccionario regulado por esta, fue suprimido del ordenamiento jurídico por voluntad del legislador estatutario, para dar paso a un nuevo sistema de elección mediante la votación y escrutinio al interior de Corporación Pública (Senado y Cámara de Representantes) e incluso permitió al país cumplir con su compromiso internacional de propender por la integración andina mediante la designación de sus miembros al citado Parlamento.

En tal sentido y por virtud de la derogatoria que de la Ley 1157 de 2007 hiciera la Ley 1729 de 2014, la elección fue hecha, pero conforme al nuevo sistema de elección propio de una Corporación Pública, como en efecto se evidencia del siguiente texto contenido en la última Ley que se menciona:

“Artículo 2°. (...) los Representantes de la República de Colombia ante el Parlamento Andino, serán designados por el Congreso de la República así:

a) Dos (2) representantes elegidos por el Senado de la República.

b) Tres (3) representantes elegidos por la Cámara de Representantes, de los cuales uno, corresponderá a uno de los partidos que se declaren en oposición al Gobierno de conformidad con lo establecido en el artículo 112 de la Constitución Política de Colombia.

Parágrafo. La designación se realizará por medio de votación secreta por cada una de las Cámaras”.

Con base en las anteriores razones el cargo **no prospera**.

b) La inobservancia de la Ley 1157 de 2007, por cuanto el CNE desconoció el artículo 2°, porque la aplicación transitoria de la legislación electoral interna propia de las elecciones de Senadores de la República recae sobre materias determinadas como los deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades y conforme al artículo 4° ibídem, sobre la forma de elección o el mecanismo electoral, pero no era remisible a la figura del voto en blanco, ya que esa Ley específica ni siquiera menciona tangencialmente el voto protesta.

Este tema como bien lo indicaron dentro del proceso y se trajo a colación al decidir la solicitud de suspensión provisional, ya había sido objeto de pronunciamiento por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En efecto, en sentencia de 9 de marzo de 2012³, la Sección Quinta definió su posición de aplicar en forma absoluta y total el régimen electoral interno mientras se expide el régimen uniforme de integración regional, al juzgar la acción de nulidad de contenido electoral (nulidad simple) contra la designación de miembros al Parlamento Andino. En esa oportunidad,

³ Expediente 11001032800020100002900. Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada y otros.

quienes abogaban por la nulidad de la elección porque consideraron que el voto en blanco superaba los resultados de la votación obtenida por cada candidato individualmente considerado, no encontraron prosperidad a sus pretensiones porque el voto en blanco, dijo la Sala, se coteja para efectos de encuadrar en la norma constitucional con el resultado de la **votación válida totalizada** y no frente a cada candidato y debe superar la mayoría absoluta (mitad más uno).

En el caso que actualmente ocupa la atención de la Sala, el voto en blanco como se analizó atrás, sí superó la **mayoría absoluta de la sumatoria total de la votación válida en un porcentaje superior al 53%**, siendo entonces aplicable la parte de evolución normativa y de consideraciones jurídicas generales plasmadas en este antecedente jurisprudencial:

La sentencia en cita con apoyo en la doctrina⁴ hizo un juicioso recuento de la evolución normativa del voto en blanco, del cual se extractan sus apartes principales: la Ley 28 de 1979 (art. 107) estableció el voto en blanco, no con el alcance del actual, sino dándole la connotación de voto nulo o no marcado, por cuanto se trataba de un problema de ilegitimidad al definirlo como el voto que “no exprese de un modo legible y claro el nombre y apellido de la persona que encabeza la lista o del candidato a cuyo favor se vota”. Pero como bien lo acotó el antecedente jurisprudencial, en el año de 1985 con la Ley 96, el legislador hizo una diferenciación tajante entre lo ilegible del voto y el voto en blanco asignándole a este último, injerencia y efecto en el escrutinio al poderse contabilizar para el cociente electoral y dejando el voto ilegible como parte que engrosaba el ítem del voto nulo.

Posteriormente con la votación mediante papeletas, instrumento empleado en el año de 1986, bajo la vigencia del actual Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), el voto en blanco se materializaba en el sobre vacío o en la papeleta sin inscripción, pero se retrocedió en su efecto jurídico electoral del “voto protesta” al considerarlo como inexistente dentro de los resultados electorales. Con la Ley 62 de 1988 y el Acto Legislativo 2 de 1988, surge la tarjeta electoral para algunas elecciones y aunque contaba con el espacio para el voto en blanco, el legislador guardó silencio sobre su efecto electoral.

Destaca el antecedente jurisprudencial que la Constitución Política de 1991, no elevó a rango constitucional la figura del voto en blanco⁵. Luego, la Ley 163 de 1994, señaló de manera expresa que el voto en blanco y el voto no marcado son diferentes en su concepto y alcance. El primero, conforme a las voces del artículo 17 es “aquel que fue marcado en la correspondiente casilla” y enseguida lo diferencia del voto no marcado que es el que no contiene tacha en ninguna casilla y no se contabiliza como voto en blanco.

⁴ (NOTA AL PIE en el texto original: Para una completa reseña sobre la evolución normativa del voto en blanco en Colombia, véase Ómar Joaquín Barreto Suárez, Derecho Electoral Colombiano: La Actuación Administrativa, Editorial Universidad del Rosario, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.).

⁵ La Ley 84 de 1993 definió el voto en blanco, lo mantuvo sin efectos, pero la Corte Constitucional la declaró inexecutable, toda vez que requería de Ley Estatutaria (C-145 de 1994).

Con la reforma política del año 2003, el Constituyente derivado otorgó toda la preponderancia al voto en blanco, al elevarlo a rango constitucional a partir del párrafo 1º que introdujo como modificación al artículo 258, cuyo texto era del siguiente tenor: “*Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral*” y cuyas previsiones fueron nuevamente modificadas con el Acto Legislativo 01 de 2009, retiró del texto “*absoluta*” que calificaba a la clase de mayoría⁶ que se requería.

Un aspecto nuevo de discusión en este proceso es determinar si el voto en blanco tuvo o no una aplicación analógica al equiparar al Parlamento Andino con una Corporación Pública, más concretamente, con el Senado de la República.

Lo primero que debe advertirse es que el artículo 2º de la derogada Ley 1157 de 2007 al referirse al “*régimen electoral aplicable*”, hizo remisión legislativa al “*sistema de elección*” de los Representantes al Parlamento Andino, y se refiere al “*régimen electoral transitorio establecido en la presente ley*”, que será inaplicable en vigencia de los “*instrumentos que establezca el régimen electoral uniforme*” y remató con “*salvo en lo que difiera expresamente a la normatividad interna colombiana*”.

Se observa entonces que en un párrafo reducido parece utilizar indistintamente diversos vocablos para disímiles situaciones que pueden llevar a confusión, como pasa a explicarse:

Al inicio de la norma, al titularse “*Del régimen electoral aplicable*” denota amplitud en cuanto a la legislación a observar, pero inmediatamente restringe ese panorama al remitir a la ley interna, al parecer, tan solo al “*sistema de elección*” que es una parte del régimen electoral. Luego indica que el régimen electoral transitorio es el “*establecido en la presente ley*”, es decir, la Ley 1157 de 2007 que será inaplicable con el “*régimen electoral uniforme*” y finaliza extendiéndolo nuevamente en cuanto a la incompatibilidad con la normativa interna colombiana que es un campo aún más amplio que el “*régimen electoral aplicable*” y el “*régimen electoral transitorio*”.

Por otra parte, el artículo 10 de la misma ley agrega la fórmula para interpretar los vacíos legislativos, siendo esta norma más incluyente, toda vez que indica que será con la hermenéutica propia de las “*normas que le son aplicables a la elección de*

Senadores de la República”, dándose así un panorama muy extenso que está contenido en la legislación electoral general y que es aplicable al Senado de la República.

Ello se corrobora en forma clara y expresa al observar la exposición de motivos, la teleología, el objeto y la observancia de normas superiores que el legislador explicó como parte de la motivación que hiciera al proyecto de ley 34 de 2005 (Senado) que luego se convirtió en la Ley 1157 de 2007 destacó el compromiso de integración de los países miembros de la Comunidad Andina frente a propósitos como unidad sobre la preservación de la paz, la plena convivencia y la consolidación efectiva de la democracia en la subregión, con una voluntad política común e invocó el artículo 42 de la nueva codificación del Acuerdo de Cartagena “*por medio del cual se consagra al Parlamento Andino como órgano representante de los pueblos de la Comunidad Andina, constituido por Parlamentarios elegidos por sufragio universal directo de conformidad con el Protocolo Adicional que establezca los adecuados criterios de representación nacional*”.

E indicó, además, algunos aspectos históricos sobre la forma de integrar el Parlamento Andino, a saber:

- En tanto se cumplía con la obligación de “*suscribir*” el mencionado protocolo, el Parlamento se conformaría con representantes de los Congresos Nacionales de conformidad con reglamentaciones internas y el Reglamento General del Parlamento Andino.

- El Protocolo de Trujillo, aprobado por Colombia mediante Ley 323 de 1996, estableció en el artículo 7º transitorio, las elecciones directas de los Parlamentarios Andinos dentro de los cinco (5) años siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, siendo obligatorio para Colombia haber iniciado elecciones directas a partir del año 2002 o avanzar en ellas, so pena de incumplir el ordenamiento jurídico comunitario.

-En 1997, se suscribe el Protocolo Modificatorio al Tratado Constitutivo, del Parlamento Andino y del Protocolo Adicional sobre Elecciones Directas y Universales de Representantes al Parlamento Andino.

Este segundo Protocolo, da luces a la Sala para entender el alcance de la norma constitucional redactada en forma ambigua, pues establece en el artículo 1º el procedimiento que se debe adoptar en los procesos electorales de los Estados miembros para la elección por sufragio universal directo de sus Representantes dentro de un plazo de cinco años. El artículo 4º de dicho Protocolo dispone que “*en tanto se establezca un régimen electoral uniforme, el sistema de elección de los representantes titulares ante el Parlamento Andino, así como el de sus suplentes, se registrará de acuerdo con la legislación interna de cada país miembro*”.

A partir de lo anterior, la motivación concluye, por una parte, que el proceso de elecciones de los parlamentarios andinos responde a la máxima voluntad política de los países miembros,

⁶ La Sentencia antecedente explicó que la Ley Estatutaria 1475 de 2011, en sus inicios y siendo aún proyecto, incluía un efecto del voto en blanco frente al candidato o lista que hubiese obtenido la mayor votación, previsión que la Corte Constitucional encontró inconstitucional en la sentencia C-490 de 2011, por cuanto el párrafo 1º del artículo 258 superior exige la mayoría frente a los votos válidos, el proyecto de Ley Estatutaria restringía a la lista o candidato individualmente considerado con la mayor votación.

debiendo llevar al corto plazo el proceso eleccionario respectivo “de acuerdo con su legislación y normativa interna” y, por otra parte, la necesidad de definir una ley única a nivel de los cinco países para el sufragio universal y directo en la elección de los Representantes al Parlamento Andino. Estas dos razones sustentaron al legislador para dar cumplimiento al artículo 227⁷ constitucional, en armonía con el artículo 9^o superior y tener como propósito expedir la nueva Ley.

De interés resulta la motivación que hace el legislador en el proyecto de ley, al sostener que la generalidad de la designación de los representantes supranacionales no ha respondido a los principios establecidos por el sistema democrático, por cuanto si bien son funcionarios con capacidad de decisión y amplio poder “...son elegidos burocráticamente bajo estructuras de designación de los poderes ejecutivos como la de libre nombramiento y remoción, cuando se debería aplicar el principio de decisión con representación, por la naturaleza misma de los cargos de dirección política. Es por el déficit democrático que genera la integración, que resulta de fundamental importancia fortalecer los parámetros regionales porque de esta manera se logra que la integración, proceso a todas luces loable, no afecta la democracia. Solo con medidas encaminadas en esta dirección es posible mantener el sistema político que ha sido elegido por nuestros pueblos para definir cómo se distribuye el poder y la propia forma de gobernar. Las elecciones directas de parlamentarios andinos son un primer paso en el proceso de fortalecimiento del Parlamento Andino, organismo con la vocación para ser el cauce que oriente la representatividad en el proceso de integración”.

Indicó que desde el Tratado Constitutivo de 8 de octubre de 1979, el Parlamento Andino se concibió como un órgano deliberante, cuyos representantes debían ser elegidos democráticamente, conformado por miembros de cada país elegidos por sufragio universal y directo.

Sobre el propósito del proyecto se mencionó: “(...) de manera simple y clara se establecen los principios mediante los cuales se elegirán los representantes por Colombia al Parlamento Andino, los cuales deberán tener las mismas condiciones de las exigidas para la elección directa de los Senadores de la República. Se consagra para efectos prácticos una circunscripción única nacional para que mediante el sistema de cifra repartidora, de acuerdo con la votación alcanzada entre las listas que superen el umbral del 2% del

total de los votos emitidos válidamente en las elecciones de Parlamento Andino, se elija a los cinco representantes que por Colombia integrarían el Parlamento Andino”.

El artículo 7^o del Protocolo Adicional autorizó que los Congresistas puedan ser, al mismo tiempo, Representantes al Parlamento Andino, siendo una de las excepciones a la prohibición de que los funcionarios públicos reciban doble asignación del tesoro público. Y finalmente, indica que por efectos prácticos presupuestales, logísticos y de cultura democrática participativa a nivel supranacional y ante la obligación de cumplir con el Acuerdo de Cartagena y su Protocolo Modificador de Trujillo, que la elección de Parlamentarios Andinos se efectúe el mismo día de las elecciones programadas para Congreso.

Cuando el proyecto recibe ponencia favorable para primer debate dentro de los objetos del proyecto se destaca la aseveración de que el articulado se ajusta a los postulados del Acto Legislativo 01 de 2003 “(...) y recoge en un todo las disposiciones contenidas en esa enmienda a la Constitución Nacional, en cuanto a la circunscripción, procedimiento y sistema electoral se acogen las mismas normas existentes en la legislación Colombiana para la elección de Senadores, mientras se expide una Legislación única a nivel Andino”. Y en los alcances del proyecto indicó en forma expresa y contundente “(...) las elecciones habrán de realizarse conforme a la legislación y normatividad (sic) colombiana, pero será necesario promover una única a nivel de los Países Andinos para regular la materia de acuerdo con lo dispuesto en el Protocolo de Trujillo y la Ley 323 de 1996”.

Para el debate en plenaria se indicó que dentro del objeto del proyecto se pretende organizar “el proceso para que se dé cumplimiento a lo consagrado en los artículos 4^o y 5^o del Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre elecciones Directas y Universales de sus Representantes; según los cuales la elección de Representantes de Colombia al Parlamento Andino por voto popular y directo se realizará de acuerdo a su legislación interna, pudiendo ser elegidos dichos Representantes en la fecha en la que se efectúan elecciones legislativas u otras generales de conformidad con su propia legislación” y reitera lo dicho en la ponencia anterior sobre el respeto al Acto Legislativo 01 de 2003.

Así las cosas, vista la exposición de motivos, el planteamiento de la parte actora de afirmar que el único objetivo de la remisión a la normativa interna es exclusivamente al sistema de elección y que el legislador tuviera tan solo la preocupación por el erario como causa para unificar que el día de elecciones congresales con las de Parlamento Andino, no es acorde al espíritu del legislador que se refleja en los anteriores apartes que conforman la causa origen argumentativo de la Ley 1157 de 2007, por cuanto, *a contrario sensu* tuvo en mente la remisión absoluta y total al bloque normativo aplicable a la elección de Senadores, en caso de vacío legislativo y dejando aspectos especialísimos y expresos a la mencionada ley de Parlamento Andino.

7 “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y, especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad creen organismos supranacionales, inclusive para formar una comunidad latinoamericana de naciones. La Ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

8 “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración Latinoamericana y del Caribe”.

El giro dado por el legislador, ante todo, fue viabilizar la integración del organismo suprarregional y ante la ausencia de régimen o regulación uniforme, entendida esta como la normativa regional que rija a todos los países miembros en sus relaciones supranacionales en el ámbito de la integración regional, permitió por disposición expresa de los Protocolos Andinos, la aplicación de la legislación interna y, ello fue lo que materializó la Ley 1157 de 2007, no solo frente al sistema electoral (artículo 2º de la Ley 1157) sino de todos los vacíos interpretativos que la aplicación normativa regional, conforme a las voces del artículo 10 ibídem, sin que sea viable entender la escisión de la regulación frente a asuntos que no hayan sido regulados por la ley uniforme o por la Ley 1157 de 2007.

Ahora bien, un paso rápido por la motivación de la consagración del voto en blanco en la llamada Reforma Política de 2003 y de 2009, a partir de los Actos Legislativos 01 de los respectivos años refuerzan el entendimiento de estas consideraciones que aceptan la aplicación del régimen interno propio de las elecciones senatoriales a la elección de representantes al Parlamento Andino.

Sea lo primero anotar que la diferencia entre ambos Actos Legislativos sobre el tema del voto en blanco es que mientras el 01 de 2003 exigía para repetir la elección que el voto en blanco alcanzara la mayoría absoluta de los votos válidos, en el A. L. 01 de 2009 se suprimió el calificativo de absoluta de la mayoría.

No obstante, la cualificación de la mayoría, no es en esta oportunidad el punto que ocupa la atención de la Sala, sino observar la teleología de la figura del voto en blanco y su necesaria inclusión dentro del sistema electoral colombiano, a fin de entender su remisión a la elección de parlamentarios andinos.

En efecto, el debate legislativo previo al Acto Legislativo 01 de 2003, da cuenta en su sesión de 31 de julio de 2003⁹, que el Representante Jorge Franco Pineda manifestó que presentó proposición modificatoria en la que destaca que la incidencia del voto en blanco busca el reconocimiento de la voluntad de la mayoría, frente a la posibilidad de que terminen elegidas personas de una minoría notoria y, para ello, planteó el siguiente ejemplo: “(...) ante una posibilidad de votación de 20 millones, acuden a las urnas en nuestro caso práctico, diez millones, un 50%, la mayoría absoluta representaría cinco millones un voto, suponiendo que los resultados del voto en blanco sean cuatro millones y el siguiente candidato obtenga dos millones o dos millones y medio, y el resto se lo distribuyan entre los candidatos, estaríamos eligiendo a una persona con una minoría significativa y no se estaría dando el valor real o el valor práctico que se busca de otorgarle al voto en blanco. Entonces propongo que la modificación sea sencillamente, que cuando el voto en blanco sea mayoría tenga los efectos que señala el parágrafo, creo que así estaríamos interpretando la voluntad popular, que está diciendo tácitamente, no respaldamos cuando no vota, y específicamente, no votamos por este

candidato cuando vote en blanco, y además otros votos que quedarían de tercero, cuarto o quinto, estarían rechazando ese nombre, entonces mi propuesta es que sea verdadero, real y práctico ese valor, se quede como mayoría simple, no mayoría absoluta”.

Por su parte el Representante a la Cámara Joaquín José Vives Pérez, en su intervención, ilustra sobre las razones por las cuales el artículo constitucional aunque parece referir a solo algunas elecciones, en realidad tiene un propósito altamente democrático y es frente **al efecto e incidencia del triunfo del voto en blanco** tratándose de elección unipersonal o de elección plural (corporación pública), como claramente solicita a los ponentes separar la redacción dependiendo de la clase de elección. Se lee lo siguiente:

*“(...) en el texto aprobado en Comisión Primera, se señala que tratándose de elecciones unipersonales si el voto en blanco es mayoría simple, debe repetirse la elección y que en esta nueva elección no pueden participar los candidatos. En la Comisión de Ponentes... empezamos a reflexionar sobre el tema, y decíamos, una alcaldía o una Gobernación, hoy se pueden ganar con una mayoría simple, el sistema colombiano no exige mayoría absoluta, cómo o por qué castigar a un candidato, al no poder participar en la repetición de la elección, si sacó una mayoría simple, con la que un determinado escenario puede ser el ganador, entonces sencillamente la repetición de la elección permitiría nuevos candidatos, pero permitiría mantener los anteriores. De alguna manera dijimos, resulta más sensato nos pareció en el momento, exigir la mayoría absoluta y **castigar a los candidatos en el sentido de que no puedan volver a participar en esa elección...** lo que tendríamos es que modificar los efectos... en el sentido en que en esas elecciones unipersonales si el voto en blanco es mayoría... se repita permitiéndole la inscripción de nuevos candidatos y pregunto ¿permitiendo también la de los anteriores? he ahí el problema que nos llevó a nosotros a proponer la mayoría, pero invito a la Plenaria que reflexione porque ambas posiciones son válidas, incluso la que nosotros traemos en la ponencia de alguna manera hace muy rígido la validez del voto en blanco en esas elecciones uninominales porque no es muy fácil consolidar una mayoría absoluta en estas elecciones, de manera a mí me parece que es bienvenida abrir la discusión... **sugeriría que se separe en la redacción los efectos para las elecciones uninominales y los efectos de las corporaciones porque debía ser diferente”.***

El Representante a la Cámara Wilson Borja Díaz, llamó la atención a la plenaria a fin de centralizarse en lo que consideró era el punto álgido del debate y era que definieran las consecuencias o el “peso” del voto en blanco en la Constitución.

9 Gaceta del Congreso. 378 de 31 de julio de 2003. Páginas 24 y siguientes.

A lo cual el Congresista Reginaldo Montes Álvarez respondió: “... los legisladores o los Constituyentes de 1991 acertaron al incorporar el voto en blanco, ... **es una expresión diferente de los que no están de acuerdo con las dos tendencias, y el hecho de aparecer consignado es una muestra de su valor... lo que se está definiendo hoy es darle una trascendencia más allá, en lo que tiene que ver con las elecciones en Colombia...**”. Planteó que tal vez el clima político y el proceso democrático que estaba viviendo el país con la reforma política le llevaba a sugerir la supresión del párrafo de la incidencia del voto en blanco. Circunstancia de inoportunidad que hiciera también la Representante a la Cámara Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, pero quien destacó que tal escollo en el estado del arte de la actualidad política debía superarse y permitir que la voluntad del electorado reflejara su tendencia a través del voto en blanco, siendo necesario imbuirle el valor necesario, como en efecto lo pretende con el párrafo modificador del artículo 258 superior y agregó “**es una figura de la esencia de la democracia que permite justamente, ... a aquellas personas que no coinciden con las listas únicas que se puedan presentar, expresar su voto a través del voto en blanco y no con el fenómeno de la abstención**”.

A ese clamor se unió el Representante José Luis Arcila Córdoba al intervenir en los siguientes términos: “... **en un país que necesita construir cultura política, en un país que tiene que enseñar a votar a los ciudadanos, en un país que tiene que consolidar la democracia, en un país que necesita que se le defiendan de las fuerzas violentas, figuras como estas permiten que los ciudadanos digan, creo en la democracia, no estoy de acuerdo con el menú de los candidatos propuestos por los partidos e impulsemos una fórmula para que se nos presente una nueva elección. Eso es sostener la democracia, ... dentro del propósito grande de construir cultura política en el país, el voto en blanco no puede ser una fórmula eminentemente pasiva sino que cuando tenga una connotación mayoritaria que es lo que determina el párrafo, debe tener un efecto práctico desde el punto de vista político...**”.

Una posición más extrema en los efectos electorales del voto en blanco fue expuesta por el Representante Jaime Amín Hernández, quien indicó que el voto en blanco está consagrado en la Constitución Política, pero carente de instrumentos para posibilitar que ante una alta votación en blanco hubiere una consecuencia jurídica política y electoral “**y es que invalidara no solamente las elecciones sino que también prohibiera a los candidatos que se presentaran a buscar el favor del electorado porque no tuvieron el mínimo de votación requerida, ... fueron rechazados, esa es la manifestación más ostensible del voto en blanco... ponerle una contundencia... ponerle posibilidades y una oportunidad a los ciudadanos que precien su derecho a ser oídos a través de la figura del voto en blanco porque no le gusta ninguno de los candidatos y esa preponderancia es la que va a impedir precisamente a los candidatos que ya fueron rechazados por el electorado**”.

para que no puedan volverse a presentar en tratándose de elecciones uninominales”.

Por contera, lo que observa la Sala es que en la modificación constitucional para incluir el voto en blanco y constitucionalizar su real incidencia en el resultado electoral, los autores lejos de pretender determinar diferencias a partir de los cargos a proveer tuvieron el único propósito de fortalecer la democracia y la voluntad popular mediante el mecanismo del voto protesta.

Ahora bien, frente a la Reforma Política que se implementara con el Acto Legislativo 01 de 2009, la ponencia para primer debate¹⁰, consideró al voto en blanco como un avance en el sistema democrático en Colombia al ser una forma clara y representativa del **disentimiento popular y de consolidación de la voluntad del electorado frente a las costumbres políticas, los candidatos propuestos y las formas de gobierno**. Indicó que a ese momento su contabilización electoral y efecto jurídico son admitidos constitucional y legalmente, en tanto conlleva la repetición de la elección y **materializa la sanción ciudadana clara y directa contra las formas de corrupción, uso indebido del principio de representación e inconformismo generalizado frente a las opciones electorales en contienda**.

En su intervención, la Registraduría Nacional del Estado Civil, frente al entonces proyecto de Acto Legislativo, en el tema del voto en blanco indicó que es manifestación de resistencia pasiva y frente a disímiles circunstancias como el rechazo generalizado a prácticas corruptas o a la violencia sobre el elector o simplemente constituye la expresión de la democracia.

En la ponencia para segundo debate ante plenaria de la Cámara¹¹, el voto en blanco es calificado con un “... **gran avance para la democracia al convertirlo en una alternativa real para quienes no están convencidos con las propuestas de los candidatos para las diferentes corporaciones y quieren ejercer su derecho al voto**”.

De todo lo anterior, para la Sala es claro que incluso el Constituyente de 2009, a lo largo de la discusión Congresal que dio lugar a la Reforma Política de 2003 y a su homóloga del 2009, dos propósitos fueron expresamente expuestos, por una parte, el propósito de otorgar eficacia al voto en blanco frente a los resultados electorales y, por otra, que el efecto e incidencia del voto protesta se aplicara a toda elección tanto uninominal como pluripersonal, sin que sea dable entender nada diferente a que cada clase de elección se escindió para separar los respectivos efectos de la incidencia del voto en blanco, pero no propiamente para excluir alguna clase de cargo de elección.

10 Véase Gaceta del Congreso 828 de 21 de noviembre de 2008, página 4. Proyecto de A. L. No. 12 de 2008 Senado, 106 de 2008 Cámara, acumulado con 051 de 2008 Cámara, 101 de 2008 Cámara, 109 de 2008 Cámara, 128 de 2008 Cámara, 129 de 2008 Cámara y 140 de 2008 Cámara “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”.

11 Véase Gaceta del Congreso 273 de 5 de mayo de 2009, página 4.

Se reitera que conforme a lo dicho por los congresistas que intervinieron en el debate era para diferenciar la elección unipersonal de la pluripersonal, sin que se advierta alcance diferente al texto constitucional.

Con buen criterio, la Sección Quinta en el antecedente jurisprudencial referido contenido en la sentencia de 9 de marzo de 2012 (Exps. Acum. 2010-00029 y otros) indicó que el voto en blanco instrumentalmente permite la participación activa del electorado a partir de su manifestación de desacuerdo expreso y manifiesto, a diferencia del abstencionismo y se atribuyó al efecto dinamizador del mismo la razón por la cual “... *la Corte Constitucional ha señalado que el reconocimiento del voto en blanco es fundamental en una democracia constitucional porque permite canalizar y sobre todo visibilizar la inconformidad del electorado que no ve cumplidas sus expectativas con ninguna de las propuestas y candidatos en contienda. Hecho que no sucede con la abstención, la cual puede tener diversas lecturas, entre ellas, desde la oposición al sistema hasta la apatía y el desinterés del ciudadano en la conformación de las instituciones y su participación en ellas. En otros términos, abstención y voto en blanco no son equiparables. En el voto en blanco hay una intención clara de participación del ciudadano en busca de un efecto determinado; en nuestro sistema, lograr que unos candidatos queden por fuera de la contienda electoral en una elección que debe repetirse. Es un voto protesta en contra de quienes han decidido conformar una determinada corporación de elección popular o cargo de la misma naturaleza*” (subrayas y negrillas en el original).

No se observa entonces ni a partir del texto positivizado ni de la exposición de motivos tanto de la Ley 1157 de 2007 como de los Actos Legislativos de Reforma Política la exclusión de la eficacia del voto en blanco en elecciones como la de Representantes al Parlamento Andino, por el contrario todas esas disposiciones destacan y entronizan el respeto al derecho interno para que actúe en forma armónica y eficaz en pro de lo supranacional, sin que se advierta ajenidad en aplicar el voto en blanco que conforme a la legislación electoral interna también se aplica a la elección de Senadores.

Así pues, la aplicación del régimen interno electoral a la elección de Parlamento Andino, está clara en la posición decantada de la Sala, por cuanto fue perentoria la consideración en tal sentido al pronunciarse sobre el tránsito entre el Acto Legislativo 01 del 2003 y 01 de 2009 y al desestimar la censura de nulidad electoral atinente a cuál clase de mayoría era la aplicable para evaluar la incidencia en las elecciones al Parlamento Andino por parte del voto de protesta, se indicó: “(...) *al examinar lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 258 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo Nº 1 de 2009, que este cargo debe ser desestimado, pues como quedó establecido, el acto demandado dio aplicación a la norma vigente, al comparar la cantidad de votos en blanco con el total de votos válidos depositados el 14 de marzo de 2010 para la elección de los representantes por Colombia al Parlamento Andino, y al constatar que estos no constituyeron una mayoría de la mitad más uno de la totalidad de los votos válidos, procedió, debidamente, a declarar la elección*”.

Con dicha consideración se dio valía a la aplicación de la figura del voto en blanco para la elección del Parlamento Andino, disertación que refleja la posición de la Sala, en cuanto la aplicación del régimen electoral interno incluída la figura y opción del voto en blanco.

Es innegable que si bien los elegidos ocuparán curules de un organismo internacional supranacional de integración, ante todo representan a los colombianos y al país y mientras sean elegidos por voto popular se someten a todo aquello que protege esa manifestación de soberanía popular.

Por otra parte, también la Sala tuvo la oportunidad de determinar en forma indirecta que las características propias del Parlamento Andino permitían aplicarle la legislación de voto en blanco propia de la Corporación Pública (Senado). En efecto, fue un asunto tratado en el antecedente en cita, que devino del cuestionamiento de si a la elección de Parlamento Andino se le aplicaba la normativa propia del Congreso, en concreto el artículo 9º del Acto Legislativo Nº 1 de 2009, frente a lo cual de manera explícita se respondió afirmativamente, como se lee en las siguientes consideraciones:

“El artículo 227 de la Constitución Política determina que la ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano. En ejercicio de esa atribución, el legislador ordinario expidió la Ley 1157 de 2007 ‘Por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política, con relación a la elección directa de parlamentarios andinos’ y señaló en el artículo 1 que los ciudadanos podrán elegir de forma directa y mediante sufragio universal y secreto, cinco (5) representantes al Parlamento Andino. Igualmente, en los artículos 2, 10 y 11 de esa normativa, se estableció que para dichas elecciones regirán las normas del sistema electoral colombiano mientras no se expidan las reglas electorales uniformes que deben expedirse en el marco de la comunidad Andina. Esta aplicación transitoria del procedimiento electoral interno fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-502 de 2007¹², en donde se afirmó que era válido que el legislador en estas elecciones aplicara las normas electorales internas hasta tanto no se dictasen las reglas electorales uniformes.

El anterior recuento, le permite a la Sección concluir que mientras dichas reglas no se dicten, las elecciones de representantes al Parlamento Andino se regirán por la normativa interna, entre ellas, aquella que determina la repetición de la respectiva elección en el evento en que el voto en blanco resulte ser mayoritario frente al total de los votos válidos (...).

Conclusión

Por lo anterior, la Sala considera que la Resolución Nº 1509 de 6 de julio de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral [p]or medio de la cual se declara la elección de los representantes por Colombia al Parlamento

12 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*Andino, período 2010- 2014 y se deciden solicitudes con ocasión de las elecciones efectuadas el 14 de marzo de 2010, relacionadas con Parlamento Andino’, no violó, por ninguna de las circunstancias aducidas en la demanda, el contenido normativo del párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución Política (reformado por el Acto Legislativo N° 1 de 2009), **pues este ordena la repetición de las votaciones por una sola vez, cuando quiera que el voto en blanco obtenga, al menos, la mitad más uno de los votos válidos totales depositados en la respectiva elección, siendo pues, el parámetro respecto del cual se determine la mayoría, el total de los votos válidos, al tenor literal de la norma. Por esta razón, deben denegarse las pretensiones de la demanda**” (negrillas por fuera del texto).*

Así, *mutatis mutandi* si en esa oportunidad se indicó que la autoridad electoral no había incurrido en violación de norma superior, en tanto la votación del voto en blanco no había superado la mayoría absoluta de los votos válidos y, que por ende, no estaba obligada a repetir las elecciones, se evidencia que se estaba dando plena aplicación al alcance y efecto de la figura del voto en blanco y a la observancia de la legislación interna de Senadores que sobre el tema se entendió regía también la elección de los Parlamentarios Andinos.

Ha de notarse que la generalidad conceptual del voto en blanco no es vista desde la restricción determinada por la clase de cargos sino desde una visión general de la participación ciudadana, en pro de la democracia, así se lee en la sentencia SU de 23 de abril de 2015¹³, al definirlo como una forma de participar en política y expresar el inconformismo “*frente a las candidaturas de una determinada contienda electoral... Así como el voto se utiliza, en general, para apoyar a la opción política de la preferencia, el voto en blanco constituye **otra opción política, que rechaza el acceso a un cargo público de quienes se han presentado como candidatos**. En ese sentido, es un acto de participación política, pues implica concurrir a las urnas para tomar una decisión colectiva que consiste en desestimar la idoneidad de todos los candidatos para exigir que las votaciones se realicen con otros candidatos”.*

Lo anterior armonizado con lo ya visto sobre la observancia a la legislación interna tanto en el sistema de elección como en las reglas de interpretación de los vacíos normativos permite la aplicación de la figura del voto en blanco frente a la elección de Parlamentarios Andinos por remisión a la normativa de elecciones pluripersonales que son propias de la corporación pública senatorial, sin que puede llegarse al extremo que pretende el coadyuvante de predicar entonces también la aplicación del artículo 171 constitucional frente incluso al número de integrantes y circunscripciones.

Para la Sala, nada más alejado de la realidad que plantear que la Ley 1157 de 2007 constituya una regulación omnicompreensiva y absoluta de la materia sobre el Parlamento Andino y sus elecciones, por cuanto apenas contiene algunos dispositivos frente a temas específicos o

aseverar que el único tema objeto de remisión legislativa es el sistema de elección, entendido como el sistema de votación o procedimiento de elección establecido por la Constitución o la ley, pues ello implica un imposible jurídico debido al corto texto de la misma Ley 1157 de 2007 y un flagrante desconocimiento al artículo 10 ibídem y a la interpretación armónica de los contenidos en esa misma regulación que permite aplicar a los vacíos que presente la citada Ley las normas que regulan la elección de Senadores de la República, sin que se conexe exclusivamente ni así se pueda entender que se hace referencia a determinados aspectos únicos y específicos del sistema electoral.

Por las razones expuestas la censura no encuentra prosperidad.

c) **La violación al artículo 103 superior** al desconocer la millonaria votación obtenida por los candidatos al Parlamento Andino cercenó la integración andina. Indicó que el artículo 258 de la Constitución Política en su párrafo 1º ordena repetir la votación por una sola vez cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyen la mayoría, pero ello es aplicable a las elecciones internas, sin que se mencione el caso de los miembros al Parlamento Andino. Tampoco debió aplicarse por parte del CNE el artículo 17 de la Ley 163 de 1994 porque su objetivo era regular el tema de las tarjetas electorales distintas a las del Parlamento Andino.

A simple vista el contenido de la norma constitucional sustento de la censura no se advierte incumplida y menos en la interpretación que la actora hace, por cuanto en este se prevé los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, entre ellos el voto, concepto dentro del cual—como ya se vio—se incluye el voto en blanco como opción de decisión electoral y se recaba en la aplicación del régimen interno sobre voto en blanco a las elecciones de los Parlamentarios Andinos.

La Sala en la fijación del litigio consideró necesario determinar el posible conflicto de incompatibilidad entre los artículos 2º y 10 de la Ley 1157 de 2007 y el párrafo 1º del artículo 258 constitucional, a fin de delimitar si el Parlamento Andino es o no una Corporación Pública y, de ahí determinar si la figura del voto en blanco es viable para la elección de aquel.

Corolario del análisis realizado en las demás censuras, se evidencia una perfecta armonía y complementación entre las normas legales y la constitucional, devenida de que en el orden de la jerarquía normativa tendría aplicación preponderante el régimen uniforme, pero ante su inexistencia, la legislación interna irrumpe para solucionar los vacíos tanto del sistema de elección como cualquiera otro remitiendo a la regulación propia de los Senadores de la República, en cuyo espectro se encuentra el voto en blanco, cuyo triunfo por disposición constitucional (par. 1º art. 258) implica la repetición de la votación porque constitucionalmente el Constituyente decidió darle efectos al voto protesta en el resultado electoral, más allá de la discusión de si el Parlamento Andino encaja en el concepto interno de Corporación Pública.

Las anteriores consideraciones permiten evidenciar que el cargo no está llamado a prosperar. Basta agregar que focalizar el punto a partir

13 Expediente T-43144422. Accionante: Jaime Araújo Rentería. Demandado: Registrador Nacional del Estado Civil y Consejo Nacional Electoral. M. P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de si el Parlamento Andino es o no una Corporación Pública, como lo pretende la parte actora, desconoce toda la base fundamental de la concepción y alcance del voto en blanco dentro del panorama electoral Colombiano, del cual no pueden escapar, salvo que expresamente lo dispusiera una norma superior o que la norma especial para elecciones de Parlamento Andino así lo consagrara, de la aplicación del voto protesta, en tanto conforme a la positivización del mismo y a las motivaciones que dieran los legisladores en la evolución de los debates previos a su consagración, el propósito del mismo era dinamizar la democracia para permitir que los votantes disconformes con los candidatos o propuestas electorales manifestaran su voluntad y así diferenciarlo del abstencionismo.

La afirmación de la parte actora de que se desconoció la votación millonaria obtenida por los candidatos individualmente considerados carece de sustento fáctico y jurídico y se aparta de la realidad, por cuanto el triunfador de las justas electorales del 9 de marzo de 2014 en el caso del Parlamento Andino, fue la opción electoral del “voto en blanco”. Aseverar lo contrario, sí implicaría una violación flagrante a la voluntad popular del electorado quien con un abrumador 53% del total de la votación válida rechazó los candidatos que se presentaron a esas justas electorales y ello llevó a que con buen criterio el Consejo Nacional Electoral declarara que la opción más votada fuera la del voto en blanco frente y en comparación a los candidatos.

Por otra parte, tampoco encuentra la Sala que se haya cercenado la integración andina, como lo afirma la parte actora, en razón a que el **nuevo régimen de la Ley 1729 de 2014**, que derogó en forma expresa a la **Ley 1157 de 2007** posibilitó la solución para que Colombia cumpliera con su compromiso internacional.

Ha de recordarse que el acto demandado, esto es, la Resolución 2525 data de 9 de julio de 2014, y que la ley vigente al momento de su expedición era la 1157 de 20 de septiembre de 2007, pero esta fue derogada veinte (20) días después por la Ley Estatutaria 1729 de 29 de julio de 2014, en la que el legislador fue consciente de los compromisos del país con la Comunidad internacional y así dispuso que mientras se expedía el régimen electoral uniforme en el marco de la Comunidad Andina “. . . y con el **fin de garantizar en todo momento la participación de la República de Colombia, en cumplimiento de los compromisos internacionales que vinculen al Estado**, conforme lo previsto en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino”, los Representantes de Colombia ante ese organismo se designaran por el Congreso, a razón de dos elegidos por el Senado de la República y tres por la Cámara de Representantes, mediante votación secreta por cada una de las Cámaras.

Dirá la Sala entonces que el sistema electoral fue modificado, pasando de votación en elección popular a votación dentro de una Corporación Pública (Senado y Congreso) y que el efecto de la nueva ley que derogó la 1157 de 2007 implicó que ya no fuera necesario dar

aplicación a la repetición de la elección popular ante el triunfo del voto en blanco en los comicios de 9 de marzo de 2014, en tanto el sistema de elección cambió, posibilitando la provisión de las curules de los Parlamentarios Andinos mediante votación en Corporación Pública sin generar incumplimiento al compromiso internacional al cual se vinculó Colombia años atrás.

En razón a que las censuras de la demanda no encuentran prosperidad, la Sala denegará las pretensiones de la demanda.

Finalmente, la Sala indica que no hará pronunciamientos sobre la renuncia que el Partido Conservador hiciera frente a las candidaturas al Parlamento Andino y los efectos de la no aceptación por extemporánea por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, solicitud planteada por el tercero interesado coadyuvante de la demanda doctor Rafael Antonio Flechas Díaz, por cuanto en primer término su actuar es accesorio al de la parte coadyuvada, quien no acotó argumento al respecto; en segundo lugar, porque tal planteamiento constituye un cargo nuevo y finalmente, porque ante la improsperidad de las pretensiones resulta inane, para la Sala, pronunciarse sobre dicha solicitud.

En mérito de lo expuesto, y acorde con concepto de fondo del señor Agente del Ministerio Público, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FAJLA:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad de contenido electoral contra la Resolución No. 2525 de 9 de julio de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral “*por medio de la cual se declara que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino y se abstiene de declarar la elección de los Representantes por Colombia ante este organismo, período 2014-2018, y se deciden las solicitudes presentadas acerca de esta elección*”.

SEGUNDO. En firme esta decisión y previas las notificaciones del caso archívese el expediente.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero

Alberto Yepes Barreiro

Consejero

2.3 NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - AUTOS

MEDIDAS CAUTELARES - Suspensión provisional/ MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda - MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA - Solo puede ser decretada cuando exista un libelo de la demanda que cumpla todas las exigencias legales/MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Inadmisión de la demanda

Las medidas cautelativas, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso.

En este evento el demandante ha deprecado con el carácter de urgente la tradicional y propia del Derecho contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una "petición de parte debidamente sustentada", y el 231 impone como requisito la "(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud".

Pero el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del artículo 234: "Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es

posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete".

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar

i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado –siempre que se encuentre en término para accionar– o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y

ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

En este caso si bien el señor González Campos, en escrito aparte a la demanda, solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos del acto acusado junto con su anexo, y que del análisis realizado en precedencia se evidencia que existe tal posibilidad de acudir ab initio o en cualquier momento del proceso al juez competente para dicho fin, lo cierto es que para poder estudiar tal petición se debe observar *prima facie* por parte del operador judicial la existencia de una demanda que en estricto sentido reúna las condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico puesto que si se tiene que inadmitir la misma, escindir u ordenarle al

actor cualquier corrección se imposibilita tal pronunciamiento judicial en razón a que no tiene sentido decretar una medida cautelar sin tener certeza que la demanda será subsanada y por ende que se hace preciso “asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte”

Así las cosas, se precisa que la medida de urgencia solo puede ser decretada cuando exista un libelo de la demanda que cumpla todas las exigencias legales, lo cual como se viene de analizar en este caso no ocurre. En consecuencia, se conminará al actor a que presente en la mayor brevedad posible el escrito con la corrección de los defectos indicados en el aparte 2.1. de esta parte considerativa, si a bien lo tiene.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 234

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00021-00

Actor: Federico González Campos

Demandado: Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Correspondería al Despacho pronunciarse sobre la demanda de nulidad por inconstitucionalidad presentada por el ciudadano y abogado doctor Federico González Campos del acto administrativo contenido en el Acuerdo 06 de 17 de julio de 2015 “por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno Judicial” y la solicitud de suspensión provisional, pero se advierte la omisión de dos presupuestos formales de la demanda.

1. De la inadmisión

En efecto, dos aspectos formales se evidencian para ser subsanados: en primer lugar, se advierte que el actor demandó únicamente el Acuerdo 06 de 2015, que su pretensión anulatoria por inconstitucionalidad se limitó a este acto y que el concepto de violación lo planteó conexas a aquel, sin tener en cuenta la existencia de otro acto expedido posteriormente, mediante el cual el acto demandado fue modificado y aclarado, el Despacho se refiere al Acuerdo 07 del día 30 de julio de 2015.

En segundo lugar, no se indicó ni la fecha ni el medio de publicación del acto administrativo demandado.

Así las cosas, la demanda se inadmitirá para que el actor corrija los defectos formales anotados, para lo cual cuenta con tres

(3) días contados a partir de la notificación de este auto, de conformidad con el artículo 184 numeral 3, para que corrija la demanda y readecúe la *causa petendi*, el concepto de violación y Asimismo, deje en claro la fecha de publicación de los actos administrativos y el medio como fueron publicitados.

2. De las medidas cautelares: concepto y finalidades

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo cautelar como:

“1. adj. Der. Preventivo, precautorio. U. t. en sent. fig.

2. adj. Der. Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar”.¹

De tal acepción se puede inferir que las medidas cautelares tienen, entre otros, el objeto de prevenir un hecho o una situación jurídica, pero además de tal propósito también pueden ser conservativas, anticipativas o de suspensión.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2004² al referirse al concepto de las medidas cautelares sostuvo que:

“(…) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.

En relación con su fundamento constitucional, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, precisó que:

“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se

¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=cautelar>.

² M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio”.

Así, las medidas cautelativas, son mecanismos jurídicos, establecidos por el legislador con fundamento constitucional, que tienen como finalidad garantizar la eficacia de las providencias judiciales que ponen fin a un proceso.

Teniendo de presente los aspectos generales de las medidas cautelares es importante profundizar frente a estas en los medios de control de lo contencioso administrativo, para lo cual el Despacho retoma lo dicho en ocasión pretérita³, cuando se señaló que:

“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 –primer Código de lo Contencioso Administrativo–⁴ y luego en la Carta de 1886⁵, a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta

³ Ver Salvamento de Voto de quien aquí funge como Ponente como Ponente emitido dentro de la acción de tutela 2013-06871-01.

⁴ La Ley 130 de 1913, en el artículo 59 señaló: “Recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Sección y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene:

(...)

d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave”.

Posteriormente, el artículo 94 de la Ley 167 de 1941 –Segundo Código Contencioso Administrativo– dispuso:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:

1o. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda.

2o. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley”.

Así mismo. El Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, en su artículo 152, estableció:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

⁵ Artículo 193: La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “Suspensión Provisional”⁶, las cuales como se indicó se clasificaron según su naturaleza en preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama⁷”.

En este evento el demandante ha deprecado con el carácter de urgente la tradicional y propias del Derecho contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– (arts. 229 y siguientes).

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Pero el CPACA fue aún más allá y consagró las llamadas medidas cautelares de urgencia, previendo para ellas un trámite expedito y muy ágil, en los términos del artículo 234: “*Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que baya lugar. La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente,*

⁶ “La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1° de diciembre de 2008. M. P. Enrique Gil Botero).

⁷ El Artículo 230 del CPACA, establece que las medidas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y señaló que el juez o magistrado, podrá decretar una o varias de las siguientes: Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello, fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta”.

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado –siempre que se encuentre en término para accionar– o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

En este caso si bien el señor González Campos, en escrito aparte a la demanda, solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional de los efectos del acto acusado junto con su anexo, y que del análisis realizado en precedencia se evidencia que existe tal posibilidad de acudir *ab initio* o en cualquier momento del proceso al juez competente para dicho fin, lo cierto es que para poder estudiar tal petición se debe observar *prima facie* por parte del operador judicial la existencia de una demanda que en estricto sentido reúna las condiciones exigidas en el ordenamiento jurídico puesto que si se tiene que inadmitir la misma, escindir u ordenarle al actor cualquier corrección se imposibilita tal pronunciamiento judicial en razón a que no tiene sentido decretar una medida cautelar sin tener certeza que la demanda será subsanada y por ende que se hace preciso “asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte” (Sentencia C-379 de 2004 ya citada).

Así las cosas, se precisa que la medida de urgencia solo puede ser decretada cuando exista un libelo de la demanda que cumpla todas las exigencias legales, lo cual como se viene de analizar en este caso no ocurre.

Por último se ordenará a la Secretaría de la Sección que abra cuaderno aparte para el trámite de la medida cautelar solicitada extrayendo del expediente las copias pertinentes, y que inmediatamente el accionante anexe memorial de subsanación remita el expediente al Despacho para que este realice el pronunciamiento sobre la medida cautelar.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 184 del CPACA el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO. INADMITIR la demanda de nulidad por inconstitucionalidad promovida por el doctor Federico González Campos contra el Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

SEGUNDO. En consecuencia, **CONCEDER** a la parte actora **TRES (3) DÍAS** contados a partir del día siguiente de la notificación de este auto para que subsane los defectos formales que se glosaron en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a la Secretaría de la Sección que abra cuaderno aparte para el trámite de la solicitud de medida cautelar en los precisos términos indicados en esta providencia.

CUARTO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia **ABSTENERSE**, por ahora, de resolver la medida cautelar de urgencia deprecada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

2.4. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - AUTOS

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia del Consejo de Estado para conocer de procesos que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional/SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO - Conoce de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral/SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO - Competencia para conocer de actos electorales o de contenido electoral

La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin cuantía, interpuesta por el señor Cruz Cruz pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 006941 de 2 de agosto de 2004 "Por la cual se resuelve un recurso de apelación", suscrita por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la que se decidió:

"Artículo primero. Revocar la decisión del Personero Municipal de Cota proferida el 2 de junio de 2004 dentro de la radicación No. 014-05-200, por lo cual se dejará sin efecto la elección del señor Néstor Guillermo Cruz como vocal de control.

Artículo segundo. Ordenar al señor Alcalde Municipal que conforme a lo previsto en las normas realice nueva convocatoria para la elección de Comité, Vocal y Junta Directiva del Comité".

Analizada la demanda y sus pretensiones, advierte el Despacho que a efectos de determinar la competencia se concluye que la misma corresponde al Consejo de Estado en virtud del numeral 2º artículo 128 del C. C. A., según el cual: "2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral. No obstante, las controversias sobre los actos de declaratoria de unidad de empresa y calificación de huelga son de competencia del Consejo de Estado en única instancia".

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 55 de 2003 –Reglamento del Consejo de Estado– la Sección Primera de esta Corporación, de manera equivocada remitió el expediente a esta Sección en virtud del artículo 13 que dentro de las competencias que asigna a la Sección Quinta del Consejo de Estado alude a "...los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral". Precepto que; sin embargo, como pasará a explicarse no es aplicable, puesto que el acto que aquí se demanda no es de los denominados "actos de contenido electoral".

El acto electoral es aquel por medio del cual la Administración declara una elección o hace un nombramiento o una designación (actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas).

Por su parte, los actos de contenido electoral serán aquellos que tengan la virtualidad de influir en la decisión de elección, nombramiento o designación. Dada la relación que se evidenció tienen los actos electorales con los actos de contenido electoral, conviene resaltar que estos últimos tendrán el carácter de contenido electoral, por ende el estudio de su legalidad corresponderá a la Sección Quinta del Consejo de Estado, siempre y cuando dichos incidan en una elección, nombramiento o designación de cualquier persona que ejerza autoridad administrativa, tenga funciones públicas o su elección obedezca al resultado del ejercicio del voto popular porque se insiste los actos electorales y los de contenido electoral guardan una intrínseca relación.

Nota de relatoría: Sobre las diferencias entre el acto electoral y el acto de contenido electoral. Providencia de 3 de noviembre de 1994, Rad. 3104, C. P. Miguel González Rodríguez. Sentencia de 9 de octubre de 2008, Rad. 2008-00008-00, actor: Orlando Duque Quiroga, M. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Demandante: Laura Teresa Arenas de Santamaría, Rad. 2011-00717-01. C. P. Mauricio Torres Cuervo.

Fuente formal: Acuerdo 55 De 2003 Consejo de Estado

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Competencia de la sección primera del Consejo de Estado para conocer de actos administrativos de carácter particular y concreto sin cuantía/ CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS - Entre las secciones primera y quinta del Consejo de Estado

Si bien en este caso el acto administrativo demandado deja "... sin efecto la elección del señor Néstor Guillermo Cruz como vocal de control", y el demandante requiere su anulación, vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo no se trata de un acto de contenido electoral, porque, si bien deja sin efecto una elección, –por lo que en principio podría afirmarse que incide de manera directa al acto de elección–, el cargo –vocal de control– objeto de debate, no implica el ejercicio de funciones públicas, por lo tanto no se constituye de ninguna manera en un "acto de contenido electoral" sujeto de control por esta Sección.

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 1429 de 1995 la elección del vocal del control podrá ser impugnada ante el personero municipal y esta decisión a su vez podrá ser objeto de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (...) los vocales de control no tienen la calidad de autoridad administrativa, sino que cumplen la importante función de vigilancia y control social paralela a la que ejerce la Superintendencia respectiva, pero sin las atribuciones correctivas y sancionatorias de esta, por ello atendiendo al criterio material, esto es, el contenido de sus funciones y atribuciones, como al orgánico, es decir, a su integración y ubicación en la estructura administrativa del Estado, se concluye que tal forma de participación no entraña ejercicio de autoridad administrativa ni su designación corresponde a estructura pública alguna.

Por otro lado tampoco tiene la atribución de recibir funciones administrativas por efectos de la delegación permitida por la constitución y por la Ley 489 de 1998, lo cual confirma su naturaleza de asociaciones de carácter privado de usuarios y/o suscriptores del respectivo servicio público domiciliario. (...) el anterior procedimiento y analizadas las funciones que implica el cargo de vocal de control, se advierte que su elección no la realiza autoridad pública alguna y durante el desempeño no ejerce función pública alguna.

Así las cosas, la suscrita Consejera Ponente advierte que el acto administrativo demandado, en el proceso de la referencia, no es un acto electoral, pues no declara ninguna elección, ni realiza nombramiento o designación.

Tampoco puede hablarse de que se trate de un acto de contenido electoral porque si bien, cumple con el primer requisito de tener la virtualidad de afectar la elección del señor

Cruz Cruz, al extremo de "dejar sin efecto la elección", debe tenerse en cuenta que el cargo para el resultó electo el actor carece de funciones administrativas y fue declarado electo por la asociación de usuarios de servicios públicos que no es un órgano de carácter público.

A pesar de arribar a la conclusión de que la resolución acusada no es un acto electoral y tampoco de contenido electoral, se debe destacar que si es un acto administrativo de carácter particular y concreto expedido por una autoridad pública del orden nacional –Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios–.

En consecuencia, considero que la competencia para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento, sin cuantía, por la cual el demandante pretende la anulación de Resolución Número 006941 del 2 de agosto de 2004 expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios "Por la cual se resuelve un recurso de apelación", de conformidad con el numeral 2 del artículo 128 del C. C. A., corresponde al Consejo de Estado en única instancia y con mayor precisión a la Sección Primera de esta Corporación, en aplicación del artículo 13 del Reglamento de esta Corporación, pues es un proceso no asignado a otra Sección y no a la Quinta, por las razones antes esbozadas.

Así, en virtud de la remisión, del expediente de la referencia, realizada por la Sección Primera a esta Sección, por considerar que no es de su competencia y, en virtud de que considero que la Sección Quinta no le compete conocer del presente asunto, de conformidad con el numeral 1 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolver el presente conflicto de competencia negativo, razón por la cual se remitirá el expediente para tal efecto.

Fuente formal: Código Contencioso Administrativo - artículo 128 numeral 2/Ley 270 de 1996 - artículo 37 numeral 1

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D. C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00017-01(C)

Actor: Néstor Guillermo Cruz Cruz

Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Por auto de 29 de enero de 2015¹, la Sección Primera de esta

¹ El expediente pasó al Despacho de la Consejera Ponente solo hasta el 3 de marzo de 2015.

Corporación remitió a esta Sección el proceso de la referencia, por considerar que de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado es a la Sección Quinta a la que compete el conocimiento de la presente acción; sin embargo, como pasará a explicarse carece de competencia para tramitar el presente asunto.

I. ANTECEDENTES

El señor NÉSTOR GUILLERMO CRUZ Cruz ejerció acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que a título de pretensiones solicitó que se declarara:

“Que es nula la Resolución Número 006941 del 2 de agosto de 2004 expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ‘Por la cual se resuelve un recurso de apelación’.

Que como consecuencia de la nulidad antes mencionada y a título de restablecimiento del derecho queda en firme la elección del señor Néstor Guillermo Cruz Cruz como vocal del control del municipio de cota (Cundinamarca), llevada a cabo el día 24 de abril de 2004”.

De acuerdo con lo anterior, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin cuantía, interpuesta por el señor Cruz Cruz pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 006941 de 2 de agosto de 2004 “Por la cual se resuelve un recurso de apelación”, suscrita por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la que se decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO. Revocar la decisión del Personero Municipal de Cota proferida el 2 de junio de 2004 dentro de la radicación No. 014-05-200, por la cual se dejará sin efecto la elección del señor NÉSTOR GUILLERMO CRUZ como vocal de control.

ARTÍCULO SEGUNDO. Ordenar al señor Alcalde Municipal que conforme a lo previsto en las normas realice nueva convocatoria para la elección de Comité, Vocal y Junta Directiva del Comité”.

Analizada la demanda y sus pretensiones, advierte el Despacho que a efectos de determinar la competencia se concluye que la misma corresponde al Consejo de Estado en virtud del numeral 2 artículo 128 del C. C. A., según el cual:

“2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controvertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral. No obstante, las controversias sobre los actos de declaratoria de unidad de empresa y calificación de huelga son de competencia del Consejo de Estado en única instancia”. (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 55 de 2003 –Reglamento del Consejo de Estado– la Sección Primera de esta Corporación, de manera equivocada remitió el expediente a esta Sección en virtud del artículo 13 que dentro de las competencias que asigna a la Sección Quinta del Consejo de Estado alude a “... los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra **actos de contenido electoral**”. Precepto que; sin embargo, como pasará a explicarse no es aplicable, puesto que el acto que aquí se demanda **no es de los denominados “actos de contenido electoral”**.

Diferencias entre el acto electoral y el acto de contenido electoral

La Sala Plena de esta Corporación, en auto del 9 de julio de 1997, se encargó de exponer las diferencias existentes entre acto electoral y acto de contenido electoral.

En dicha providencia, se recordó que la Sección Primera del Consejo de estado definió que al acto de contenido electoral “... como aquellas **manifestaciones de voluntad administrativa que se dictan en desarrollo de la legislación electoral, en orden a perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la votación del elector expresada en las urnas, y a los ciudadanos el derecho de organizarse en partidos y movimientos políticos, en los términos de la Constitución y la ley, y ejercer a través de ellos sus derechos**”².

Posteriormente, en la misma providencia, se destacó que **los actos electorales son aquellos que declaran una elección o que realizan un nombramiento o designación**, cuya legalidad se cuestiona vía acción de nulidad electoral.

En jurisprudencia más reciente³ la Sección Quinta, tesis reiterada en el 2012 por auto de Sala de 9 de marzo⁴, precisó:

“Los actos electorales corresponden a aquellas decisiones administrativas por medio de las cuales se declara una elección o se hace un nombramiento o designación, según se infiere del régimen general de competencias establecido en el Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, los actos de contenido electoral, que por obvias razones no pueden equipararse a los actos electorales, sí se pueden identificar por su estrecha relación con uno de estos actos, es decir que el acto viene a ser de contenido electoral,

² Providencia de 3 de noviembre de 1994, exp. N° 3104, C. P. Dr. Miguel González Rodríguez.

³ Sentencia del 9 de octubre de 2008, exp. No. 2008-00008-00. Actor: Orlando Duque Quiroga, M. P. doctora María Nohemí Hernández Pinzón.

⁴ Demandante: Laura Teresa Arenas de Santamaría, exp. No. 2011-00717-01. C. P. doctor: Mauricio Torres Cuervo.

no porque con el mismo se asuma una decisión administrativa de elección o de nombramiento, sino porque la decisión administrativa afecte de alguna manera a un acto de esa stirpe, bien porque lo revoque, modifique o sujete a alguna condición que antes no tenía, es decir que el acto llega a ser de contenido electoral porque jurídicamente tiene alguna incidencia en uno que sí tiene naturaleza electoral. Con todo, el acto de contenido electoral no se agota en la anterior clasificación, pues bajo la premisa de que esa naturaleza se la confiere su proximidad jurídica con un acto de elección o de nombramiento, también resulta válido afirmar que dentro de ese catálogo se incluyen los actos administrativos de carácter general por medio de los cuales la administración pública regula o reglamenta un proceso de elección o de nombramiento”. (Negrilla fuera de texto).

En conclusión el acto electoral es aquel por medio del cual la Administración **declara una elección o hace un nombramiento o una designación (actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas)**. Por su parte, los actos de contenido electoral **serán aquellos que tengan la virtualidad de influir en la decisión de elección, nombramiento o designación.**

Dada la relación que se evidenció tienen los actos electorales con los actos de contenido electoral, conviene resaltar que estos últimos tendrán el carácter de contenido electoral, por ende el estudio de su legalidad corresponderá a la Sección Quinta del Consejo de Estado, **siempre y cuando dichos incidan en una elección, nombramiento o designación de cualquier persona que ejerza autoridad administrativa, tenga funciones públicas o su elección obedezca al resultado del ejercicio del voto popular** porque se insiste los actos electorales y los de contenido electoral guardan una intrínseca relación.

Asunto de fondo

Si bien en este caso el acto administrativo demandado deja “... *sin efecto la elección del señor NÉSTOR GUILLERMO CRUZ como vocal de control*”, y el demandante requiere su anulación, vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho, **el mismo no se trata de un acto de contenido electoral**, porque, si bien deja sin efecto una elección, –por lo que en principio podría afirmarse que incide de manera directa al acto de elección–, el cargo –*vocal de control*– objeto de debate, no implica el ejercicio de funciones públicas, por lo tanto no se constituye de ninguna manera en un “acto de contenido electoral” sujeto de control por esta Sección, según pasa a explicarse:

El artículo 62 de la Ley 142 de 1994 “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”, dispone:

“TÍTULO V

REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

CAPÍTULO I

CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

ARTÍCULO 62. ORGANIZACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 689 de 2001. En desarrollo del artículo 369 de la Constitución Política de Colombia, en todos los municipios deberán existir ‘Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliario <sic>’ compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno (1) o más de los servicios públicos a los que se refiere esta ley, sin que por el ejercicio de sus funciones se causen honorarios”.

La anterior norma y los artículos subsiguientes de la misma ley relacionados con los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios fueron reglamentados por el Decreto 1429 de 1995.

En lo que respecta al proceso de la referencia resulta, pertinente advertir que el mentado decreto establece que en todos los municipios del territorio nacional se conformarán, a iniciativa de un número plural de usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o varios servicios públicos domiciliarios, los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios. Para el efecto, indica la norma, que se convocará a una asamblea de usuarios a la que le corresponde, entre otras, la elección de los miembros, para un periodo de dos (2) años que conformarán el comité –literal e) del Art. 2º–.

Luego de lo anterior, el mismo día de la elección, el comité deberá, entre otras, elegir a la persona que ocupará el cargo de vocal de control –literal f) del Art. 2º–

Según lo dispone el artículo 10 del Decreto 1429 de 1995 la elección del vocal del control podrá ser impugnada ante el personero municipal y esta decisión a su vez podrá ser objeto de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En resumen, el trámite establecido para la elección del cargo de vocal de control, consiste en que la elección la realiza los miembros que conforman el Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, del respectivo municipio, la cual podrá impugnarse ante el Personero Municipal y la decisión que se profiera será objeto de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios.

Por su parte, al revisar el contenido del artículo 12 del Decreto 1429 de 1995 enlista las siguientes funciones que le compete al vocal de control:

a. Solicitar la inscripción del Comité de Desarrollo y Control Social ante el Alcalde. Para ello deberá presentar copia del acta de la respectiva asamblea constitutiva en los términos del artículo 3 de este Decreto. Igual trámite se surtirá con la inscripción del Vocal de Control, para lo cual adjuntará el acta de la reunión del comité en que se efectuó su elección. El reconocimiento e inscripción ante las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios objeto de su fiscalización, se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de este Decreto.

Asimismo, informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de la conformación del comité y de su elección como Vocal de Control. Para ello deberá presentar copia del acto administrativo de reconocimiento del comité, expedido por el Alcalde Municipal y copia del acta de la reunión del comité en que se efectuó su elección como Vocal de Control;

b. Informar a la comunidad acerca de sus derechos y deberes en materia de servicios públicos domiciliarios, y ayudarlos a defender aquéllos y a cumplir estos;

c. Recibir informes de los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales del respectivo servicio, acerca del funcionamiento de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios objeto de su fiscalización, evaluarlos y promover ante estas y frente a las autoridades municipales, departamentales y nacionales las medidas correctivas, que sean competencia de cada una de ellas;

d. Dar atención oportuna a todas las consultas y tramitar las quejas y denuncias que le formulen al comité;

e. Rendir trimestralmente al comité, informe de las labores adelantadas en ejercicio de sus funciones y recibir del mismo sus observaciones;

f. Custodiar y llevar el registro de los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales que cumplan con los requisitos de ley y que hayan asistido a la asamblea constitutiva, o que con posterioridad a ella desean participar en la asamblea de usuarios;

g. Presidir las asambleas de usuarios y la Junta Directiva del comité;

h. Ser miembro, de las juntas directivas de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios del orden municipal, o del comité de estratificación local, cuando sea asignado por el Alcalde;

i. Ejercer las funciones que le delegue el comité en pleno;

j. Someter a la vigilancia del fiscal los libros de cuentas de la Tesorería del comité;

k. Las demás que le asigne la ley.

Como se observa, los vocales de control **no tienen la calidad de autoridad administrativa**, sino que cumplen la importante función de vigilancia y **control social** paralela⁵ a la que ejerce la Superintendencia respectiva, pero sin las atribuciones correctivas y sancionatorias de esta, por ello atendiendo al criterio material, esto es, el contenido de sus funciones y atribuciones, como al orgánico, es decir, a su integración y ubicación en la estructura administrativa del Estado, se concluye que tal forma de participación **no entraña ejercicio de autoridad administrativa ni su designación corresponde a estructura pública alguna**. Por otro lado tampoco tiene la atribución de recibir funciones administrativas por efectos de la delegación permitida por la constitución y por la Ley 489 de 1998, lo cual confirma su naturaleza de asociaciones de carácter privado de usuarios y/o suscriptores del respectivo servicio público domiciliario.

Revisado el anterior procedimiento y analizadas las funciones que implica el cargo de vocal de control, se advierte que su **elección no** la realiza autoridad pública alguna y durante el desempeño no ejerce función pública alguna.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso objeto de estudio se destaca que:

a. En asamblea realizada el 24 de abril de 2004, en el municipio de Cota, Cundinamarca, se realizó la elección del señor Néstor Guillermo Cruz Cruz, Vocal de control del Comité de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios.

b. La anterior elección fue impugnada ante el Personero Municipal de Cota, Cundinamarca quien mediante auto de 2 de junio de 2004 la rechazó.

c. La anterior decisión fue objeto de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

d. Mediante la Resolución No. 006941 de 2 de agosto de 2004 –acto demandado- se resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO. Revocar la decisión del Personero Municipal de Cota proferida el 2 de junio de 2004 dentro de la radicación No. 014-05-200, por lo cual se dejará sin efecto la elección del señor Néstor Guillermo Cruz como vocal de control.

ARTÍCULO SEGUNDO. Ordenar al señor Alcalde Municipal que conforme a lo previsto en las normas realice nueva convocatoria para la elección de Comité, Vocal y Junta Directiva del Comité".

Así las cosas, la suscrita Consejera Ponente advierte que el acto

⁵ Sobre esta manifestación de democracia participativa ver entre otras, sentencia de la Sección Tercera de 2 de marzo de 2006, dentro de la acción popular número 2004-00543-01.

administrativo demandado, en el proceso de la referencia, **no es un acto electoral**, pues no declara ninguna elección, ni realiza nombramiento o designación.

Tampoco puede hablarse de que se trate de un acto de contenido electoral porque si bien, cumple con el primer requisito de tener la virtualidad de afectar la elección del señor Cruz Cruz, al extremo de “*dejar sin efecto la elección*”, debe tenerse en cuenta que el cargo para el resultó electo el actor carece de funciones administrativas y fue declarado electo por la asociación de usuarios de servicios públicos que no es un órgano de carácter público.

A pesar de arribar a la conclusión de que la resolución acusada no es un acto electoral y tampoco de contenido electoral, se debe destacar que si es un acto administrativo de carácter particular y concreto expedido por una autoridad pública del orden nacional –Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios–.

En consecuencia, considero que la competencia para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento, sin cuantía, por la cual el demandante pretende la anulación de Resolución Número 006941 del 2 de agosto de 2004 expedida por el Director Territorial Centro de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios “*Por la cual se resuelve un recurso de apelación*”, de conformidad con el numeral 2º del artículo 128 del C. C. A., corresponde al Consejo de Estado en única instancia y con mayor precisión a la Sección Primera de esta

Corporación, en aplicación del artículo 13 del Reglamento de esta Corporación, pues es un proceso no asignado a otra Sección y no a la Quinta, por las razones antes esbozadas.

Del conflicto negativo de competencias

En virtud de la remisión, del expediente de la referencia, realizada por la Sección Primera a esta Sección, por considerar que no es de su competencia y, en virtud de que considero que la Sección Quinta no le compete conocer del presente asunto, de conformidad con el numeral 1 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolver el presente conflicto de competencia negativo, razón por la cual se remitirá el expediente para tal efecto.

De acuerdo con lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

REMITIR a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el expediente de la referencia para que se resuelva el conflicto de competencia negativo suscitado entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

RECURSOS - Contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto en las acciones de nulidad electoral / RECURSO DE APELACION - Contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto cuando es de doble instancia / RECURSO DE REPOSICION - Contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto cuando es de única instancia

De los recursos procedentes contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto en las acciones de nulidad electoral. En los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA, norma de carácter especial para aquellos trámites que se adelantan bajo el procedimiento del medio de control de nulidad electoral, procede en caso de haberse pedido la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y atendiendo la instancia en que se profiera, el recurso del recurso de apelación, cuando es de doble instancia y, el de reposición, entendiéndose de única. En el asunto bajo estudio se tiene según lo registrado en los antecedentes de la parte primera de esta providencia, que el recurso que ejerció la apoderada de los accionantes fue el de reposición. De manera que a la luz de la normativa en cita no procedía este medio de impugnación porque resultaba improcedente, en razón a que este proceso se adelanta en primera instancia y, así, se admitió por auto del 14 de mayo de 2015. Esta circunstancia evidencia entonces que la decisión del Magistrado Ponente respecto de conceder a motu proprio el recurso de apelación luego de haberse, incluso, pronunciado frente a la reposición interpuesta, desconoce las reglas procesales a que está sometido este proceso electoral de naturaleza especial, pues es evidente que las razones que esgrimió la apoderada de los recurrentes para pedir lo que denominó "reforma parcial", se circunscribió a la decisión de negar la suspensión provisional, contemplada en el numeral 6° de la referida providencia. Así las cosas, huelga decir que no es posible asumir competencia en el sub lite, en virtud de un recurso de apelación que no fue propuesto y por cuanto además, su examen es improcedente de manera subsidiaria, esto es, luego de haberse presentado y decidido la reposición interpuesta. Conforme con lo anterior, al no haberse atendido el criterio funcional para el ejercicio del recurso que resultaba procedente en contra del numeral 6° del auto del 14 de mayo de 2015, este Despacho no dará trámite al recurso y en consecuencia se abstendrá de resolverlo a pesar de la concesión ordenada en el numeral 2° del auto del 22 de junio de 2015.

**FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 277
INCISO FINAL**

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00042-01

Actor: Jairo Antonio Rodriguez Castelblanco y Otra

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

El Despacho se pronunciará sobre la pertinencia de haberse concedido¹ en el efecto **suspensivo** el recurso de "apelación" contra la decisión de negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, contenida en el numeral sexto del auto del 14 de mayo de 2015.

I. ANTECEDENTES

1.1. Trámite en la primera instancia

Los ciudadanos Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Gladys Cañadulce Avendaño² por intermedio de apoderada judicial presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho³ contra la Resolución 51336 del 29 de agosto de 2012, por medio de la cual el Superintendente de Industria y Comercio nombró como Secretaria Ad Hoc a la funcionaria Andrea Princess González Huérfano.

Esta demanda se radicó en la Secretaria de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero la diligencia de reparto se efectuó por la Secretaría de la Sección Segunda⁴, correspondiéndole su trámite en principio al dr. Cerveleón Padilla Linares, quien por auto del 2 de diciembre de 2013, dispuso su remisión por competencia a la Sección Primera de esa Corporación.

El nuevo conductor del proceso, por auto del 21 de mayo de 2014⁵ y previo a resolver sobre la admisión de la demanda solicitó oficiar a la Superintendencia accionada a efectos de que certificara sobre la fecha en que fue notificada, comunicada o publicada la resolución cuestionada.

Recibida la respuesta al mencionado oficio, el conductor del proceso mediante providencia del 16 de enero de 2015⁶ encontró que según lo invocado en el libelo no se advertía la existencia de un interés jurídico y, por tanto, no era clara la

1 Según auto del 22 de junio de 2015, dictado por el Magistrado Sustanciador del expediente de la referencia, adscrito a la Subsección A, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2 En el poder visible al folio 1 dicen ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en representación de sus dos hijos menores.

3 "Pidieron a título de restablecimiento que se "[...] ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio, expedir un nuevo acto administrativo que designe secretario ad hoc [...] y a través de ese nuevo acto administrativo, fijar nuevamente el edicto que notifique la sentencia condenatoria N° 5137 del 31 de Agosto de 2011, a efectos de que los demandantes puedan ejercer los derechos de defensa y contradicciones que les fueron violados con la expedición irregular del acto atacado en violación al debido proceso dentro del expediente N° 2009 - 08735."

4 Al folio 65 vto. Aparece una nota en el siguiente sentido: "Se recibe la demanda por orden del Secretario"

5 Folio 82 del expediente.

6 Folios 97-100 del expediente.

legitimación en la causa por activa. Por tal motivo, concedió a la parte actora el término de 10 días para corregir la demanda.

En cumplimiento de tal providencia la apoderada judicial de los accionantes concurrió a subsanar la demanda⁷ e invocó con tal fin que ejercía el medio de control previsto en el artículo 137⁸ del CPACA, y, además ajustó las pretensiones para limitarlas a solicitar la nulidad de la Resolución N° 51336 sin ningún reclamo de tipo resarcitorio⁹.

Por auto del 25 de marzo de 2015¹⁰, el Magistrado conductor del proceso y atendiendo al escrito de corrección, señaló que ante el retiro de las pretensiones de restablecimiento de derecho y la invocación del medio de control de nulidad, el trámite a impartirse era el del **medio de control de nulidad electoral**. También dispuso oficiar a la SIC para que acreditara si la Resolución N° 51336 de 29 de agosto de 2012, había sido publicada en el Diario Oficial. Esta decisión se notificó por estado del 26 de marzo de 2015, sin que se hubiera interpuesto recurso en su contra.

Superado este procedimiento por auto del 14 de mayo de 2015, la Subsección A, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹ admitió la demanda de **nulidad electoral en primera instancia** contra la Resolución N° 51336 de 29 de agosto de 2012 "*Por medio de la cual se nombra un secretario ad-hoc*" y ordenó su notificación personal a Andrea Princess González Huérfano y al Superintendente de Industria y Comercio. También resolvió la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, denegándola¹².

Mediante escrito visible a los folios 154 y s.s. la apoderada de los actores ejerció recurso de "**reposición**" contra el numeral 6° de la providencia del 14 de mayo de 2015, según las siguientes alegaciones: "**i) auto separado, ii) los actos de nombramiento se deben publicar en el diario oficial, iii) el acto demandado es de naturaleza mixta y iv) del salvamento de voto**".

Surtido secretarialmente el traslado del **recurso de reposición**, por auto del 22 de junio de 2015 el **ponente** del trámite se pronunció frente al planteamiento de la apoderada recurrente y sobre el particular decidió: "**PRIMERO.- NO REPONER el auto del 14 de mayo de 2015, a través del cual se admitió la demanda**" y "**SEGUNDO.- CONCÉDESE en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión de denegar la suspensión provisional del acto acusado**". (Subrayas fuera del texto)

7 mediante escrito a los folios 101 a 118 del expediente.

8 Contempla el medio de control de nulidad.

9 Radicado el 2 de febrero de 2015. (fl. 101)

10 Folio 121 de expediente.

11 El Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya salvó su voto

12 Esta decisión se adoptó por el numeral sexto de dicha providencia.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia

De conformidad con los artículos 125¹³ y 293¹⁴ numeral 4° del CPACA, es al Despacho a quien le corresponde resolver sobre la pertinencia y procedencia del recurso de apelación que el Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A concedió contra la decisión contenida en el numeral 6° del auto del 14 de mayo de 2015, pese a que la apoderada de los demandantes ejerció fue el recurso de reposición contra la negativa a acceder a la solicitud de suspensión provisional.

2.2 De los recursos procedentes contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto en las acciones de nulidad electoral

En los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA, norma de carácter especial para aquellos trámites que se adelantan bajo el procedimiento del medio de control de nulidad electoral, procede en caso de haberse pedido la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y atendiendo la instancia en que se profiera, el recurso del recurso de **apelación**, cuando es de doble instancia y, el de **reposición**, entratándose de única.

La norma en comentario al respecto, señala:

"ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...)

13 "ARTÍCULO 125. DE LA EXPEDICIÓN DE PROVIDENCIAS. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica".

14 "ARTÍCULO 293. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA. El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al tribunal o al Consejo de Estado. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto sobre la admisión del recurso y que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

2. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.

3. Los términos para fallar se reducirán a la mitad de los señalados para la primera instancia.

4. La apelación contra los autos se decidirá de plano.

5. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante". (Negrita fuera de texto)

*En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. **Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.** (Negrita fuera de texto)*

2.3 Del caso concreto

En el asunto bajo estudio se tiene según lo registrado en los antecedentes de la parte primera de esta providencia, que el recurso que ejercitó la apoderada de los accionantes fue el de **reposición**. De manera que a la luz de la normativa en cita no procedía este medio de impugnación porque resultaba improcedente, en razón a que este proceso se adelanta en **primera instancia** y, así, se admitió por auto del 14 de mayo de 2015.

Esta circunstancia evidencia entonces que la decisión del Magistrado Ponente respecto de conceder a *motu proprio* el recurso de apelación luego de haberse, incluso, pronunciado frente a la reposición interpuesta, desconoce las reglas procesales a que está sometido este proceso electoral de naturaleza especial, pues es evidente que las razones que esgrimió la apoderada de los recurrentes para pedir lo que denominó "*reforma parcial*", se circunscribió a la decisión de negar la suspensión provisional, contemplada en el numeral 6° de la referida providencia.

Así las cosas, huelga decir que no es posible asumir competencia en el *sub lite*, en virtud de un recurso de apelación que no fue propuesto y por cuanto además, su examen es improcedente de manera subsidiaria, esto es, luego de haberse presentado y decidido la reposición interpuesta.

Conforme con lo anterior, al no haberse atendido el criterio funcional para el ejercicio del recurso que resultaba procedente en contra del numeral 6° del auto del 14 de mayo de 2015, este Despacho **no dará trámite al recurso** y en consecuencia se abstendrá de resolverlo a pesar de la concesión ordenada en el numeral 2° del auto del 22 de junio de 2015¹⁵.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO.- NO DAR TRÁMITE al recurso de apelación que fuera concedido por el *a quo* en los términos del numeral segundo del auto del 22 de junio de 2015, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo pertinente.

Notifíquese y Cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

¹⁵ Ello no obsta dado el límite al que está sujeto esta Corporación como juez de la alzada para mencionar que la actuación que adelantó el *a quo* y frente a la que se pronunció en el numeral 1° del auto del 22 de junio de 2015, en cuanto se ocupó del examen del recurso de reposición impetrado por la apoderada de los actores, era improcedente y además carecía de competencia, lo que la torna en irregular.

2.5. PÉRDIDA DEL CARGO - AUTO

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Competencia para decidir la solicitud

La Ley 1437 de 2011 modificó en forma importante la competencia del juez colegiado en materia de autos. Tradicionalmente, la situación procesal era más sencilla, dado que la regla general imponía que los autos de trámite eran proferidos por el ponente y, los autos interlocutorios, los expedía la Sala.

Ahora, la generalidad cambió dejando a cargo del Magistrado la expedición tanto de los autos de trámite como los autos interlocutorios y, quedando a cargo de la Sala, únicamente los que deciden el recurso de súplica, el rechazo de la demanda, el decreto de medida cautelar, el que resuelve los incidentes de responsabilidad y de desacato en este mismo trámite, el que pone fin al proceso y el aprobatorio de conciliaciones extrajudiciales o judiciales.

De tal suerte, que el auto que decide la suspensión procesal, que otrora fuera interlocutorio y debía decidirse en Sala, ahora con la nueva normativa corresponde proferirlo al ponente en Sala Unitaria.

PROCESO ELECTORAL - Suspensión procesal/ SUSPENSIÓN PROCESAL - Casos en los que se suspende el proceso

La figura de suspensión del trámite desde el punto de vista del derecho procesal, implica la injerencia que hechos externos, internos y de orden del legislador, causan en otro proceso con tal entidad que debe detenerse el curso del mismo a la espera de que se decida ese otro juicio. En efecto, el artículo 170 del C. P. C., consagraba las causales, de suspensión del proceso, las cuales se encuentran ahora en el artículo 161 del C. G. P., en cuya literalidad dispone:

“Artículo 161. Suspensión del proceso. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Parágrafo. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez”. Se evidencian entonces tres situaciones que ameritan la suspensión procesal, el típico hecho externo predicable de la existencia de sentencia que se requiera ineluctablemente para proferir la del proceso que se suspende; el propiamente interno que es aquel voluntariamente querido por las partes y son ellas quienes deben pedirlo de común acuerdo y, finalmente, el *ope legis* o de orden del legislador de conformidad con el último inciso del artículo pretranscrito, en el que ni siquiera se requiere decreto del juez.

Lo cierto es, que la figura de la suspensión procesal, al igual que en el C. C. A., tampoco quedó consagrada en el CPACA, lo cual no obsta para que en aplicación del principio de integración y remisión normativa consagrado en el artículo 306 que permite que en los aspectos no contemplados en el CPACA se aplique el CPC –hoy CGP– con la condición de que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Fuente formal: Código General del Proceso - artículo 161

PÉRDIDA DEL CARGO POR VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES AL MONTO DE GASTOS- Procedimiento/ CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Tiene la facultad de imponer sanciones por la violación de los topes máximos de financiación de las campañas electorales/ CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Tiene la facultad de solicitar ante la Jurisdicción Contenciosa la pérdida del cargo/ PÉRDIDA DEL CARGO - Alcalde del municipio de Puerto Gaitán/ RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Contra auto que suspendió el proceso por prejudicialidad

Esta Corporación estima que la exigencia de la sentencia que decida la nulidad y el consecuencial restablecimiento del derecho contra el acto que declaró el exceso de topes en los gastos de campaña del Alcalde de Puerto Gaitán, Édgar Humberto Silva González, constituye presupuesto causal de la sentencia que decida la pérdida del cargo por exceder el tope de gastos, por las siguientes razones, que permiten evidenciar la prejudicialidad:

a) La norma que establece la pérdida del cargo es del siguiente tenor: "Artículo 26. Pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos. La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así:

1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.

2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección.

En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos. Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo".

Conforme a la disposición pretranscrita, para efectos de la pérdida del cargo bajo el medio de control de nulidad electoral, se establece, por una parte, requisito de procedibilidad consistente en que sea la máxima autoridad electoral (Consejo Nacional Electoral) quien determine la violación de los límites del monto de gastos; por otra, la legitimación en la causa por activa en cabeza de esa misma entidad y tercero, un presupuesto temporal consistente en que se demanda la pérdida del cargo solo cuando se establezca la violación al límite al monto de gastos. (...) Así las cosas se tiene que, el Consejo Nacional Electoral, como autoridad administrativa realiza la correspondiente investigación y si lo encuentra

probado declara la violación de los límites de Ingresos y Gastos de la campaña electoral.

De conformidad con la anterior declaración, la autoridad administrativa tiene la facultad de imponer las sanciones establecidas en la Ley 1475 de 2011 para los partidos políticos que van desde la suspensión de la financiación estatal hasta la pérdida de la personería jurídica y disolución de la organización política, Asimismo, con fundamento en la misma declaración puede presentar ante la autoridad correspondiente la solicitud de pérdida del cargo.

Entonces, resulta claro que la causa para imponer las sanciones y/o solicitar la pérdida del cargo radica en la declaratoria que hace el Consejo Nacional Electoral de la "violación de topes de campaña", luego de realizar una única investigación.

Es decir, el Consejo Nacional Electoral desarrolla una investigación en la que finalmente concluye si hubo o no violación de gastos de campaña, y una vez declara dicha violación, de la misma causa se generan consecuencias distintas como son la imposición de sanciones y la posibilidad de solicitar la pérdida del cargo ante la jurisdicción administrativa para el candidato que resultare elegido.

En razón a lo anterior, la Sala considera que la sentencia que decida sobre la legalidad del acto que declaró el exceso de los topes de campaña, si determina *per se* que el proceso de pérdida del cargo no pueda conocerse ni fallarse, puesto que tienen la misma causa común y de tal suerte que la prosperidad o denegatoria de las pretensiones en aquel repercutirá directamente en el proceso electoral de pérdida del cargo. En consecuencia, se confirma la decisión contenida en el auto de 21 de julio de 2015.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 - artículo 26

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00006-01

Actor: Consejo Nacional Electoral

Demandado: Alcalde del municipio de Puerto Gaitán

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica que ejerció el Consejo Nacional Electoral (CNE), frente a la decisión del Consejero Ponente (e) de suspender por prejudicialidad el proceso, contenida en el auto de 21 de julio de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y pretensiones

1.1. De la demanda

El Consejo Nacional Electoral (CNE), por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se decretara la pérdida del cargo de Alcalde del municipio de Puerto Gaitán (Meta), al ciudadano Édgar Humberto Silva González, como consecuencia de la declaratoria realizada por esa autoridad electoral, de violar las sumas máximas de dinero autorizadas a gastar en la campaña electoral de 2011.

1.2. De la pretensión

Como única pretensión de la demanda señaló que:

“(…) Con la interposición de la presente demanda o solicitud se pretende que se declare la pérdida del cargo de Alcalde del municipio de Puerto Rico (sic), Meta, por parte del ciudadano **ÉDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 al haberse declarado por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante resoluciones 3049 del 29 de julio de 2014 y 3347 del 20 de octubre de 2014, que durante la campaña de año 2011 que llevó a la alcaldía municipal al demandado, se violaron las sumas máximas de dinero autorizadas a gastar en tales campañas”.

2. Hechos

Como fundamentos fácticos, en síntesis, la demanda planteó los siguientes:

1. Mediante Resolución N° 0078 del 22 de febrero de 2011, el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, fijó las sumas máximas que podían invertir en sus campañas electorales los candidatos a gobernaciones departamentales y alcaldías municipales o distritales para las elecciones que se llevaron a cabo en octubre de ese año.
2. Por medio de las Resoluciones números 0599 del 12 de julio de 2011 y 0864 del 3 de agosto de 2011, el CNE constituyó Tribunales Seccionales de Garantías y Vigilancia Electoral en varios departamentos del país incluido el del Meta, y nombró, entre otros, a los miembros de dicho Tribunal en el citado ente territorial.
3. El 30 de octubre de 2011 se llevaron a cabo en todo el territorio nacional las elecciones por voto popular para escoger las distintas autoridades territoriales del país, entre ellas, la del municipio de Puerto Gaitán (Meta), en donde resultó elegido como Alcalde el señor Édgar Humberto Silva González, quien fue avalado e inscrito por el Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U.
4. El 28 de noviembre de 2011 los integrantes del Tribunal Seccional de Garantías y Vigilancia Electoral del Departamento del Meta radicaron ante el CNE el Oficio TGVE.M S/467-2011 con el que aportaron el expediente que contenía las actuaciones adelantadas en relación con la “*presunta violación*” de los límites de gastos por parte del señor Silva González. Tal asunto le correspondió por reparto al Magistrado del CNE Bernardo Franco Ramírez, quien bajo el radicado 16655-11 profirió los autos de 2 y 5 de diciembre de 2011, con los que avocó el conocimiento y ordenó la apertura de la indagación preliminar, respectivamente.
5. Mediante auto de 28 de febrero de 2012 el CNE ordenó la práctica de pruebas, decisión que fue comunicada al investigado Silva González mediante Oficio CNE-SS-JHP/1559/2012 del 2 de marzo de 2012.
6. La anterior actuación junto con el acervo probatorio recaudado fue remitido al despacho del Consejero Joaquín José Vives Pérez mediante Oficio CNE-BFR-086-2012 de 3 de mayo de 2012, de conformidad con el sorteo que consta en el Acta N° 16 de esa misma fecha. Lo anterior se le comunicó al señor Édgar Humberto Silva González por Oficio 910-213 del 6 de junio de 2012, suscrito por el Registrador Municipal del Estado Civil de Puerto Gaitán (Meta).
7. Mediante autos de 13 de junio, 5 y 12 de julio, 6 y 28 de agosto, 10 y 20 de septiembre, 26 de octubre, y 1, 2, 10, y 15 de noviembre, todos de 2012, se ordenó la práctica de pruebas dentro de la citada actuación administrativa.
8. Con autos de 16, 22 y 26 de octubre de 2012 se corrió traslado al investigado Silva González de los dictámenes periciales practicados, los cuales, fueron objetados por este en escritos de fechados el 23, 29 y 31 del mismo mes y año.
9. Mediante auto de 24 de agosto de 2013 se le comunicó al Partido de Unidad Nacional - Partido de la U, la existencia de la actuación administrativa adelantada.
10. Con la Resolución N° 1095 del 10 de abril de 2013 se dispuso abrir investigación administrativa y formular cargos contra el Partido de la U y el señor Édgar Humberto Silva González por “*violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral a la Alcaldía de Puerto Gaitán (Meta)*”, decisiones que fueron debidamente notificadas.
11. El 8 de mayo de 2012, el Partido de la U se pronunció sobre la apertura de dicha investigación.
12. El 27 de mayo de 2013, el señor Silva González, por intermedio de apoderado judicial, contestó los cargos que le fueron formulados.
13. Por auto de 9 de julio de 2013 se resolvió la petición de pruebas acompañada con los descargos de los investigados.

14. Mediante auto de 13 de enero de 2014 se corrió traslado a los investigados y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión quienes procedieron a descorrerlos.

15. Con la Resolución N° 3049 del 29 de julio de 2014 el CNE declaró la violación de los límites de ingresos y gastos establecidos por parte de la campaña del señor Édgar Humberto Silva González avalado por el Partido de la U, entre otras decisiones, las cuales fueron notificadas.

16. Contra la anterior decisión el Partido de la U presentó recurso de reposición y el apoderado judicial del señor Silva González solicitó la revocatoria directa de la misma.

17. Mediante Resolución N° 3347 del 20 de octubre de 2014 se confirmó la decisión recurrida.

3. Actuación adelantada por la Sección Quinta del Consejo de Estado

La Sección Quinta del Consejo de Estado en auto de 4 de mayo de 2015 decidió, previa solicitud expresa por parte del Presidente y Vicepresidente del Consejo Nacional Electoral, asumir por importancia jurídica el conocimiento del proceso N° 5000123330002015-00006-000 - *demanda de pérdida del cargo del Alcalde de Puerto Gaitán - Meta*, el cual se encontraba en el Tribunal Administrativo de ese departamento.

Por auto de 26 de mayo de 2015 el Consejero Ponente (e) Alberto Yepes Barreiro corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público. El demandado interpuso recurso de reposición, y con providencia de 24 de junio del presente año el Ponente resolvió no reponer la anterior decisión.

El 21 de julio de 2015 el citado Consejero decidió suspender el proceso por considerar que no es posible decidir sobre la solicitud de pérdida del cargo del Alcalde de Puerto Gaitán, si antes no se realiza un examen exhaustivo respecto de la legalidad del acto que sancionó al Partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral de dicho alcalde.

4. El recurso de súplica

La apoderada judicial del CNE fundamentó el recurso de súplica contra el auto de 21 de julio de 2015, así:

1. Una de las finalidades de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor Édgar Humberto Silva González contra las resoluciones del Consejo Nacional Electoral que declararon la violación de los topes de gastos de campaña y la pérdida del cargo del alcalde de Puerto Gaitán (Meta), entre otras (Rad. 2015-00005-00) era poder solicitar la suspensión provisional del proceso de pérdida del cargo por prejudicialidad hasta tanto no se resolviera la nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Que si bien es cierto, el artículo 161 del Código General del Proceso establece que la suspensión del proceso procederá “*Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción*”, en el asunto en debate, pese a que el señor Silva González demandó al CNE bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no se ha trabado la litis, ya que tal demanda no fue admitida, sino que fue rechazada y se encuentra pendiente el recurso de súplica contra tal decisión.

3. Sostuvo que no comparte los argumentos del Consejero Ponente (e) con los que apoyó la decisión de decretar la suspensión del proceso por prejudicialidad. En específico se refirió a las siguientes consideraciones:

1. “...no es posible decidir sobre la solicitud de pérdida del cargo del Alcalde de Puerto Gaitán, si antes no se hace un examen exhaustivo respecto de la legalidad del acto que sancionó al Partido de la U por violación de los límites de ingresos y gastos de la campaña electoral de dicho alcalde...”.

2. Y que “...a pesar de que en el proceso con radicado No 2015-0005 se rechazó la demanda por parte de la Magistrada Conductora de dicho proceso, esta situación no es óbice para que no se adopte la decisión de prejudicialidad, toda vez que, la decisión tomada por la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez en auto de 25 de junio de 2015 no se encuentra en firme, por ende, hasta tanto esa decisión no adquiera ejecutoria, el proceso iniciado por el señor Édgar Humberto Silva González no se entiende por finalizado como erradamente lo manifestó la apoderada del CNE en escrito del 16 de julio de 2015”.

Manifestó la recurrente que la afirmación referente a que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ya había finalizado la realizó en escrito que radicó “*el 3 de julio de 2015 fecha en que esa decisión debió quedar ejecutoriada, ya que la notificación por estado a las partes se efectuó el día 30 de junio de 2015*”, y “*no como por error refiere el ponente en el citado auto que mi escrito fue radicado el día 16 de julio de 2015*”.

4. Por último, alegó que el recurso de súplica contra el auto que rechazó la demanda de nulidad por restablecimiento del derecho se presentó de forma extemporánea como se puede observar en el sitio web de la consulta de procesos de la Rama Judicial.

5. Trámite previo a resolver el recurso de súplica

Por auto de 5 de agosto de 2015 se ordenó el sorteo de dos (2) conjuces para resolver la presente súplica, resultando sorteados el 13 del mismo mes y años los doctores BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZÚÑIGA Y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Atendiendo a que el 31 de agosto de 2015, tomó posesión del cargo de Consejero de Estado de esta Sección el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, de conformidad con el artículo 115 del CPACA el 1° de septiembre de 2015 se procedió a la remoción de un Conjuer por sorteo, siendo removido el doctor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia para decidir la solicitud de suspensión procesal

La Ley 1437 de 2011 modificó en forma importante la competencia del juez colegiado en materia de autos. Tradicionalmente, la situación procesal era más sencilla, dado que la regla general imponía que los autos de trámite eran proferidos por el ponente y, los autos interlocutorios, los expedía la Sala.

Ahora, la generalidad cambió dejando a cargo del Magistrado la expedición tanto de los autos de trámite como los autos interlocutorios y, quedando a cargo de la Sala, únicamente los que deciden el recurso de súplica, el rechazo de la demanda, el decreto de medida cautelar, el que resuelve los incidentes de responsabilidad y de desacato en este mismo trámite, el que pone fin al proceso y el aprobatorio de conciliaciones extrajudiciales o judiciales.

De tal suerte, que el auto que decide la suspensión procesal, que otrora fuera interlocutorio y debía decidirse en Sala, ahora con la nueva normativa corresponde proferirlo al ponente en Sala Unitaria.

2. La suspensión del proceso por prejudicialidad

La figura de suspensión del trámite desde el punto de vista del derecho procesal, implica la injerencia que hechos externos, internos y de orden del legislador, causan en otro proceso con tal entidad que debe detenerse el curso del mismo a la espera de que se decida ese otro juicio.

En efecto, el artículo 170 del C. P. C., consagraba las causales, de suspensión del proceso, las cuales se encuentran ahora en el artículo 161 del C. G. P., en cuya literalidad dispone:

“Artículo 161. Suspensión del proceso

El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvención. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo

iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Parágrafo. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

Se evidencian entonces tres situaciones que ameritan la suspensión procesal, el típico hecho externo predicable de la existencia de sentencia que se requiera ineluctablemente para proferir la del proceso que se suspende; el propriadamente interno que es aquel voluntariamente querido por las partes y son ellas quienes deben pedirlo de común acuerdo y, finalmente, el ope legis o de orden del legislador de conformidad con el último inciso del artículo pretranscrito, en el que ni siquiera se requiere decreto del juez.

Lo cierto es, que la figura de la suspensión procesal, al igual que en el C. C. A., tampoco quedó consagrada en el CPACA, lo cual no obsta para que en aplicación del principio de integración y remisión normativa consagrado en el artículo 306 que permite que en los aspectos no contemplados en el CPACA se aplique el CPC –hoy CGP– con la condición de que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Pues bien, esta Corporación estima que la exigencia de la sentencia que decida la nulidad y el consecuencial restablecimiento del derecho contra el acto que declaró el exceso de topes en los gastos de campaña del Alcalde de Puerto Gaitán, Édgar Humberto Silva González, constituye presupuesto causal de la sentencia que decida la pérdida del cargo por exceder el tope de gastos, por las siguientes razones, que permiten evidenciar la prejudicialidad:

a) La norma que establece la pérdida del cargo es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 26. PÉRDIDA DEL CARGO POR VIOLACIÓN DE LOS LÍMITES AL MONTO DE GASTOS. La violación de los límites al monto de gastos de las campañas electorales, se sancionará con la pérdida del cargo, así:

1. En el caso de candidatos elegidos a corporaciones públicas se seguirá el procedimiento de pérdida de investidura definido en la Constitución y la ley.

2. En el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **de acuerdo con el procedimiento para declarar la nulidad de la elección**. En este caso el término de caducidad se contará a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos.

Una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, el Consejo Nacional Electoral presentará ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de pérdida del cargo”.

Conforme a la disposición pretranscrita, para efectos de la pérdida del cargo bajo el medio de control de nulidad electoral, se establece, por una parte, **requisito de procedibilidad** consistente en que sea **la máxima autoridad electoral (Consejo Nacional Electoral) quien determine la violación de los límites del monto de gastos**; por otra, **la legitimación en la causa por activa** en cabeza de esa misma entidad y tercero, un **presupuesto temporal** consistente en que se demanda la pérdida del cargo solo cuando se establezca la violación al límite al monto de gastos.

Sobre este tema, en la exposición de motivos de la sancionada Ley 1475 de 2011, el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley Estatutaria¹ como la reglamentación de las innovaciones que se establecieron en la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2009, Asimismo, su objetivo fue sintonizar el Estatuto Básico de Partidos con esas nuevas reglas superiores, que tuvieron como finalidad profundizar en la democratización interna de los partidos y proteger el sistema democrático del influjo de agentes y organizaciones criminales.

Frente a las sanciones², la ley estatutaria previó la distinción entre las de competencia del Consejo Nacional Electoral y del Consejo de Estado, con el fin de desarrollar la garantía del derecho de asociación, atribuyendo a los jueces la competencia exclusiva y excluyente para imponer medidas que afecten tal derecho:

“Así las cosas, el proyecto radica en el Consejo de Estado la competencia para conocer de las investigaciones por las faltas que impliquen cancelación de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos y disolución de los mismos, los cuales se adelantarán por el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo”³.

Específicamente, en lo relacionado con la sanción de pérdida del cargo, en la exposición de motivos se señaló que la competencia para iniciar las investigaciones por violación de topes de financiación se le otorgó al Consejo Nacional Electoral, y si se confirma dicha violación, este deberá solicitar la pérdida del cargo, la cual estará sujeta a control jurisdiccional, así:

“Adicionalmente, el proyecto reglamenta de manera especial las figuras de la pérdida del cargo y de la investidura por violación de los topes máximos de gastos establecidos para su financiación. Entonces, se ocupa de la pérdida del cargo, que en la actualidad no tiene señalado ningún procedimiento en el ordenamiento jurídico. Se le atribuye al Consejo Nacional Electoral la competencia para iniciar las investigaciones a que haya lugar y si se confirma la violación de los topes de gastos esta corporación decretará la pérdida del cargo y declarará elegido a quien haya obtenido la segunda votación. Esta decisión estará sujeta a control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.⁴

En el estudio de constitucionalidad del entonces Proyecto de ley estatutaria 190/10 Senado y 092/10 Cámara, hoy Ley 1475 de 2011, la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 23 de junio de 2011⁵, indicó que el contenido del artículo 26 era constitucional desde las siguientes consideraciones:

“Artículo 26. Pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos.

84. El inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política consagra que “[p]ara las elecciones que se celebren a partir de la vigencia del presente acto legislativo, **la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, debidamente comprobada, será sancionada con la pérdida de investidura o del cargo. La ley reglamentará los demás efectos por la violación de este precepto**”. (Resalta la Sala).

A partir de este precepto constitucional se derivan las siguientes implicaciones normativas:

(i) que la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, que haya sido debidamente comprobada, acarreará la sanción de la pérdida de la investidura o del cargo; y

(ii) que mediante ley podrán determinarse otras sanciones por violación de los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 109 Superior.

85. El tema relativo a las sanciones por la violación de topes o límites de gastos o financiación de las campañas políticas y electorales, ha merecido algunos pronunciamientos por parte de esta Corporación.

85.1 Este asunto fue estudiado por esta Corporación en la sentencia C-1153 de 2005, en la que se planteó:

1 Exposición de motivos proyecto de Ley Estatutaria No. 190 Senado No. 092 Cámara. Gaceta del Congreso 636 del 13 de septiembre de 2010. Pág. 17.

2 Ídem.

3 Ídem.

4 Exposición de motivos proyecto de Ley Estatutaria No. 190 Senado No. 092 Cámara. Gaceta del Congreso 636 del 13 de septiembre de 2010. Pág. 19.

5 Exp. PE-031. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

“la Corte considera apropiado que se ordene la devolución total o parcial de los dineros de la campaña en caso de superación de topes, obviamente, entendida dicha facultad sancionatoria dentro de los límites proporcionales, pues no podría considerarse que la superación de los topes en niveles menores produzca la obligación de devolver todos los aportes hechos.

(...)

En efecto, siendo la sanción más severa de cuantas consagra el artículo en mención, es entendible y razonable que el candidato elegido a la presidencia solo pueda ser objeto de pérdida del cargo por afrenta gravísima contra el régimen de la financiación de las campañas. Aunque, como es lógico, el Congreso determinará la gravedad de la falta, el principio de proporcionalidad impone que la sanción allí prevista no sea aplicada sino por agresiones de magnitud significativa contra el régimen de financiación de campañas” (negrillas de la Sala).

85.2. De otra parte, en la sentencia C-141 de 2010, la Corte precisó que el establecimiento de sanciones para el candidato o el partido político debido al incumplimiento respecto del monto de recursos de una campaña electoral o del deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, es válido constitucionalmente y se origina en la concreción del principio de transparencia.

A este respecto dijo la Corte: “[E]l principio de transparencia en materia electoral apunta al establecimiento de instrumentos encaminados a determinar con precisión el origen, la destinación, al igual que el monto de los recursos económicos que soportan una determinada campaña electoral. De allí que las diversas legislaciones establezcan el deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, e igualmente, prevean diversas sanciones, bien sean para el candidato o partido político, que incumplan tal deber o que superen los montos máximos autorizados”.

Asimismo, la Corte consideró en ese pronunciamiento, que el establecimiento de sanciones se deriva del deber de cumplir con unos montos máximos de gastos para las campañas electorales, lo cual a su vez se encuentra estatuido, como se indicó en apartado anterior, para garantizar el principio de igualdad y pluralismo político en las campañas políticas y electorales.

86. Con fundamento en lo expuesto, concluye la Sala que el artículo bajo estudio, en tanto prevé sanciones por incumplimiento de los montos máximos de gastos

en las campañas es plenamente constitucional por las siguientes razones:

86.1. El artículo 26 del Proyecto regula lo concerniente a la posibilidad de sanción con pérdida del cargo por violación de los límites al monto de gastos:

(i) para los candidatos elegidos a corporaciones públicas, de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley;

(ii) para los alcaldes y gobernadores, a través del procedimiento para declarar la nulidad de la elección previsto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y la fijación del término de caducidad contado a partir de la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral determinó la violación de los límites al monto de gastos; y

(iii) dispone la obligación por parte del CNE, una vez establecida la violación de los límites al monto de gastos, de presentar ante la autoridad competente, la correspondiente solicitud de pérdida del cargo.

86.2. Estas medidas se ajustan plenamente a lo dispuesto por el inciso séptimo del artículo 109 de la Constitución Política que consagra expresamente que

(i) la violación de los topes máximos de financiación de las campañas, que haya sido debidamente comprobada, acarreará la sanción de la pérdida de la investidura o del cargo; y

(ii) mediante ley, podrán determinarse otras sanciones por violación de los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 109 Superior.

Por tanto, las sanciones estatuidas por el Legislador debido a la violación del límite al monto de gastos autorizados por la ley, constituye para la Corte un claro desarrollo del expreso mando constitucional, contenido en el artículo 109 Superior.

En todo caso, estas sanciones, deberán adoptarse con plena garantía de los principios, valores y derechos constitucionales, tales como el respeto del debido proceso, entre otros derechos, así como ser razonables y proporcionales. Encuentra la Sala que en este caso, estos criterios constitucionales para la imposición de sanciones se encuentran plenamente salvaguardados, ya que la norma prevé que las sanciones se impondrán

(i) de conformidad con los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley para los candidatos elegidos a corporaciones públicas;

(ii) de acuerdo con el procedimiento contencioso administrativo respectivo para el caso de los alcaldes y gobernadores; y

(iii) que se iniciarán a través de la solicitud de pérdida del cargo que deberá presentar el Consejo Nacional Electoral, una vez haya sido establecida la violación de los límites al monto de gastos.

86.3. Finalmente, encuentra la Sala que esta disposición se ajusta plenamente a las reglas jurisprudenciales que sobre la imposición de sanciones por la violación de topes o límites de gastos o financiación de las campañas políticas y electorales, ha desarrollado esta Corporación, en cuanto

(i) ha avalado la constitucionalidad de sanciones que van desde la devolución total o parcial de los dineros de la campaña, hasta las más graves, tales como la pérdida de la investidura o del cargo;

(ii) ha aclarado que estas sanciones se pueden imponer tanto al candidato como al partido; y

(iii) se encuentran dirigidas a garantizar los principios de transparencia y de moralidad pública en el manejo de la financiación de las campañas electorales.

Por consiguiente, con base en las razones expuestas, la Corte declarará la exequibilidad del artículo 26 del Proyecto de Ley Estatutaria".

b) frente a la responsabilidad de los partidos políticos, la Ley 1475 de 2011 estableció que estos son responsables por la violación a las normas sobre financiación, y la violación de topes se constituye en una **falta** sancionable por el Consejo Nacional Electoral, así:

ARTÍCULO 8º. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS. Los partidos y movimientos políticos deberán responder por toda violación o contravención a las normas que rigen su organización, **funcionamiento o financiación**, así como por las conductas de sus directivos consideradas como faltas en el artículo 10 de la presente ley.

ARTÍCULO 10. FALTAS. Constituyen faltas sancionables las siguientes acciones u omisiones imputables a los directivos de los partidos y movimientos políticos:

(...)

4. Violar o tolerar que se violen los topes o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales.

Como consecuencia de la incursión en tales faltas, el Consejo Nacional Electoral está facultado, para luego de realizar la

correspondiente investigación administrativa, dentro del marco de sus funciones constitucionales de vigilancia, inspección y control de los partidos políticos, imponer las sanciones⁶ correspondientes de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la misma norma así:

ARTÍCULO 12. SANCIONES APLICABLES A LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán ser objeto de las siguientes sanciones según la gravedad o reiteración de las faltas, la categoría de las entidades territoriales, cuando ellas sean imputables a sus directivos, a sus candidatos a cargos o corporaciones de elección popular o, en general, cuando sus directivos no adopten las medidas tendientes a evitar la realización de tales acciones u omisiones o cuando no inicien los procedimientos internos tendientes a su investigación y sanción:

1. Suspensión o privación de la financiación estatal y/o de los espacios otorgados en los medios de comunicación social que hacen uso del espectro electromagnético, en los casos de incumplimiento grave de los deberes de diligencia en la aplicación de las disposiciones constitucionales o legales que regulan la organización, funcionamiento y/o financiación de dichas organizaciones políticas, y cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 1 al 8 del artículo 10.

2. Suspensión de su personería jurídica, hasta por cuatro (4) años, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 1 al 4 del artículo 10.

3. Suspensión del derecho de inscribir candidatos o listas en la circunscripción en la cual se cometan las faltas a las que se refieren los numerales 4 al 8.

4. Cancelación de su personería jurídica, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 4 al 8 del artículo 10.

5. Disolución de la respectiva organización política, cuando se trate de las faltas a que se refieren los numerales 7 al 8 del artículo 10, y

6. <Numeral **CONDICIONALMENTE** exequible> Cuando se trate de condenas ejecutoriadas en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, el partido o movimiento que inscribió al condenado no podrá presentar candidato para la siguiente elección en la misma circunscripción. Si faltaren menos de 18 meses para la siguiente elección no podrá presentar

⁶ Objeto de control jurisdiccional en la jurisdicción Contencioso Administrativa.

terna, caso en el cual el nominador podrá libremente designar el reemplazo.

Los partidos o movimientos políticos perderán el reconocimiento de su personería jurídica, cuando al restarle los votos obtenidos por los congresistas condenados por los delitos a que se refiere el numeral 5 del artículo 10, no se alcance el umbral. En estos casos se ordenará adicionalmente la devolución de la financiación estatal de la campaña en una cantidad equivalente al número de votos obtenido por el congresista o congresistas condenados. La devolución de los recursos de reposición también se aplica cuando se trate de candidatos a cargos uninominales. En los casos de listas cerradas la devolución aplicará en forma proporcional al número de candidatos elegidos.

En todo caso, desde el momento en que se dictare medida de aseguramiento por tales delitos, el Consejo Nacional Electoral suspenderá proporcionalmente el derecho de los partidos y movimientos políticos a la financiación estatal y a los espacios otorgados en los medios de comunicación social que hacen uso del espectro electromagnético.

En los casos de suspensión o privación de la financiación estatal impuesta cuando ya el partido o movimiento político la hubiere recibido, se ordenará la devolución de las sumas a que hubiere lugar.

Así las cosas se tiene que, el Consejo Nacional Electoral, como autoridad administrativa realiza la correspondiente investigación y si lo encuentra probado declara la violación de los límites de Ingresos y Gastos de la campaña electoral.

De conformidad con la anterior declaración, la autoridad administrativa tiene la facultad de imponer las sanciones establecidas en la Ley 1475 de 2011 para los partidos políticos que van desde la suspensión de la financiación estatal hasta la pérdida de la personería jurídica y disolución de la organización política, Asimismo, con fundamento en la misma declaración puede presentar ante la autoridad correspondiente⁷ la solicitud de pérdida del cargo.

Entonces, resulta claro que la causa para imponer las sanciones y/o solicitar la pérdida del cargo radica en la declaratoria que hace el Consejo Nacional Electoral de la “**violación de topes de campaña**”, luego de realizar una única investigación.

Es decir, el Consejo Nacional Electoral desarrolla una investigación en la que finalmente concluye si hubo o no violación de gastos de campaña, y una vez declara dicha

violación, de la misma causa se generan consecuencias distintas como son la imposición de sanciones y la posibilidad de solicitar la pérdida del cargo ante la jurisdicción administrativa para el candidato que resultare elegido.

En razón a lo anterior, la Sala considera que la sentencia que decida sobre la legalidad del acto que declaró el exceso de los topes de campaña, si determina *per se* que el proceso de pérdida del cargo no pueda conocerse ni fallarse, puesto tienen la misma causa común y de tal suerte que la prosperidad o denegatoria de las pretensiones en aquél repercutirá directamente en el proceso electoral de pérdida del cargo.

En consecuencia, se confirma la decisión contenida en el auto de 21 de julio de 2015.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto de 21 de julio de 2015 por medio del cual el Consejero Ponente (e) como conductor del proceso de la referencia resolvió suspender por prejudicialidad.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al Despacho del Consejero conductor para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

Bertha Lucía González Zúñiga

Conjuez

⁷ La autoridad correspondiente depende si se trata de Concejales, Diputados, Congresistas, Alcaldes o Gobernadores, pues la competencia radica en la misma autoridad facultada para tramitar la pérdida de investidura para los integrantes de Corporaciones Públicas y, la nulidad electoral para los cargos uninominales.



3.1 NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

MEDIDAS CAUTELARES - Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer / SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO - No tiene competencia para hacer cumplir los fallos del Consejo Superior de la Judicatura

El apoderado de los demandantes pide que se disponga “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer” y, con fundamento en ello, reclama que el Presidente de la Cámara de Representantes declare la vacancia del cargo ocupado por el demandado y, que tal decisión se extienda al señor Álvaro Gustavo Rosado, porque dice, se posesionaron sin fundamento legal e incumpliendo el fallo de tutela que profirió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 26 de septiembre de 2014. De esta manera ocurre que lo que aquí se cuestiona por el apoderado de los demandantes es el incumplimiento al fallo de tutela del Consejo Superior de la Judicatura. En esta medida será en ese trámite judicial de naturaleza constitucional, en el que los legitimados para ello, pueden solicitar mediante el correspondiente incidente de desacato el cumplimiento de la providencia de segunda instancia que concedió el amparo deprecado y, suspendió provisionalmente los efectos del acto de elección de la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes. Así, será en tal instancia donde se adopten las medidas que correspondan para imponer las órdenes del caso, en el evento de verificarse la inobservancia de esa decisión judicial. Esta determinación por cuanto si bien la Sección Quinta del Consejo de Estado es la autoridad judicial competente para juzgar sobre la constitucional y la legalidad de la elección de los congresistas, en lo que corresponde a la vigencia y observancia de las medidas provisionales que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adoptó en su condición de juez de tutela, deben ser examinadas por la Corte Constitucional en sede de la revisión eventual que allí se adelanta y del juez que en primera instancia conoció de la tutela, respecto

del desacato que aquí se invoca, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991. De manera que la solicitud planteada por el apoderado de los demandantes desborda la competencia asignada a esta jurisdicción por cuanto solo hasta que aquí se profiera una decisión de fondo respecto de las censuras que se le endilgan al acto acusado, la determinación de la suspensión de los efectos de la elección y su incumplimiento, que es lo que en últimas se predica en la petición presentada, por razón de la posesión del señor Moisés Orozco Vicuña como Representante a la Cámara, sin que exista un fallo definitivo de esta jurisdicción, es un aspecto que por ahora, solo le corresponde examinarlo al juez de tutela. De esta manera y, con fundamento en los anteriores argumentos, este Despacho rechazará la medida cautelar aquí impetrada. Frente a la manifestación del solicitante de que se impongan las sanciones del caso frente al incumplimiento de las decisiones judiciales, se insiste que tal ámbito de competencia le corresponde al Juez de tutela vía reclamo del incidente de desacato, pues es la autoridad llamada a resolver sobre el incumplimiento del fallo de amparo y las sanciones que resulten procedentes del examen que se realice. Basta decir que la Sección Quinta en el auto del 5 de marzo de 2015 ordenó al Secretario comunicar a la Presidencia de la Cámara de Representantes, la decisión que mediante dicha providencia se adoptó.

COADYUVANCIA - Renuncia / COADYUVANCIA - Desistimiento

Frente a la manifestación del coadyuvante a quien se le reconoció la condición de tal en el proceso acumulado de la referencia mediante providencia del 1° de junio de 2015, este Despacho considera procedente aceptar su solicitud por cuanto es claro que el derecho de presentarse al proceso, es facultativo. Entonces, es posible que disponga de su derecho de ayuda frente a acompañar la totalidad de las demandas que integran el proceso que coadyuvó (exp. 2014-0096), basado en que no comparte íntegramente las censuras que se esgrimen en los demás procesos existentes, pues su propósito de apoyo inicial se refería a una sola acción.

Además, por cuanto con posterioridad a la presentación de su escrito se acumularon las cuatro (4) demandas existentes en esta Corporación por causales subjetivas y dirigidas contra la elección del señor Moisés Orozco Vicuña, y por ende en este evento se aceptará el desistimiento presentado por el señor José Manuel Abuchaibe Escolar. Tal consideración, la de aceptar el retiro del coadyuvante tiene soporte en el hecho de que las actuaciones del tercero adhesivo están limitadas por las del demandante, de manera que al tercero coadyuvante no le es permitido ampliar o restringir la materia sobre la cual versa la litis. De ahí que su intervención no puede estimarse como independiente, sino accesoria y, en esa medida, es posible aceptar su desistimiento como coadyuvante, por cuanto ello no implica la prohibición de que trata el artículo 280 del CPACA.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (e)
Bogotá, D. C., dos (2) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00099-00

Actor: Heriberto Arrechea Banguera y Otros

Demandado: Representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes

Se ocupa el Despacho de resolver la solicitud que el apoderado de los demandantes, señor Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO, planteó en la audiencia inicial, respecto al decreto de medidas cautelares en este proceso con fundamento en el artículo 229 del CPACA, en concordancia con el 230 *ibídem*.

1. De la solicitud de medida cautelar

En el curso de la audiencia inicial llevada a cabo el 19 de junio de 2015, señala que como bien lo sabe el Consejo de Estado y el país, se han venido presentado una serie de situaciones que coartan a las negritudes el tener un representante legítimo en la Cámara de Representantes por la circunscripción a que hace referencia el artículo 176 de la C. P. Señala que tal representación es un derecho fundamental, previsto en el artículo 40 Superior y de manera específica, en el citado artículo 176 Superior.

Alude a la prueba que acompañó uno de los coadyuvantes relativa con la intervención que en los medios de comunicación realizó el señor Vice Fiscal General de la Nación. Que allí se refirió a la “presunta” imputación de carácter penal que contra algunos miembros de Funeco y del Ministerio del interior se impondría por haber tramitado unos documentos al parecer de “*manera expuria*” para conceder el aval, específicamente el del demandado, señor Moisés Orozco Vicuña.

Dijo que también se ha presentado otra circunstancia que tienen relevancia dentro de este proceso y, es el fallecimiento de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra que ha llevado una serie de actuaciones del señor Moisés Orozco Vicuña y del señor Rosado, a modo de ver por el apoderado, “*de carácter ilegal*”, por las siguientes razones:

- En el auto dictado por la Dra. Susana Buitrago Valencia en uno de los procesos acumulados de carácter subjetivo donde “*bizo unas consideraciones*” y dentro de éstas dejó aquella relativa a que el Consejo de Estado no entendía porque no se le había dado posesión al señor Moisés Orozco Vicuña. Con fundamento en ese punto, señala que el demandado en esta acción tomó posesión como Congresista sin que estuviera ordenado en una providencia judicial.
- Indica que dicho auto fue objeto de recurso de súplica por el ahora solicitante y que la Sala lo revocó. Lo tildó de ilegal, ajeno a las formalidades que debe tener una decisión judicial y con base en ello ordenó al Presidente de la Cámara de Representantes tomar las medidas del caso con fundamento en dicha revocatoria.
- Agrega que, solicitó en escrito, que se requiriera al Presidente de la Cámara de Representantes para que el demandado Moisés Orozco Vicuña no siguiera usurpando ese cargo. Indica que este reclamo no fue atendido.
- De otra parte, menciona que ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón presentó una solicitud de tutela, la que fue resuelta de manera favorable y, en consecuencia, se ordenó su posesión como miembro de las negritudes en la Cámara de Representantes. Dice que esta tutela se fundó en una decisión “*supuesta*” del Consejo Superior de la Judicatura de un Conjuer de apellido Villamaría de quien informa lo retiraron de tal dignidad, en virtud de esos hechos. Que esa providencia jamás tuvo efectos jurídicos y nunca fue aprobada por la Sala; sin embargo, fue utilizada como el sustento para conceder la curul al señor Rosado en virtud del fallecimiento de María del Socorro Bustamante Ibarra.
- En ese sentido, los señores Orozco y Rosado fungen actualmente como Representantes a la Cámara por las negritudes.
- Consideran que tales posesiones desconocen que el Consejo Superior de la Judicatura decretó en una tutela la suspensión de la Resolución por medio de la cual se negó la inscripción de los candidatos de Funeco. Que esta tutela aún está vigente y se encuentra en la Corte Constitucional pendiente de pronunciamiento de fondo en virtud de su selección para revisión.

Señala que estando suspendidas estas dos curules, no encuentra ninguna razón para que estos señores sigan

ocupando tales cargos y usurpándolos, de manera ilegítima, como lo ha expuesto.

Basado en los anteriores argumentos y de conformidad con el artículo 229 del CPACA, y en concordancia con el artículo 230 *ibidem*, que dice le entrega las herramientas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo como ente máximo de control de los actos administrativos que se sirva tomar alguna de las medidas a que hace referencia esta disposición, norma que se incluyó de forma novedosa en el CPACA, y que posibilita el impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer o no hacer.

En ese orden de ideas, pide se le ordene a la Cámara de Representantes:

"Declarar la vacancia de manera inmediata del cargo que vienen ocupando los Representantes a la Cámara.

En el evento de negarse, tomar las medidas necesarias para imponer las sanciones a quienes se opongan al cumplimiento de las decisiones que han sido libradas por este Consejo de Estado en el sentido de que no existe autorización por la Sección Quinta para que se posesionara el señor Orozco y menos para que continúe ejerciendo el cargo.

En relación con el señor Rosado igualmente que se declare la vacancia del cargo de Representante a la Cámara por la circunscripción especial de negritudes, comoquiera que existen razones de orden público como lo es el anuncio del señor Vicefiscal General de la Nación."

Insiste frente a esta última petición que el sr. Rosado utilizó documentos espurios para buscar una decisión favorable incurriendo "*posiblemente*" en un fraude procesal ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Que es preciso, que de manera urgente, se detenga la participación de estas dos personas como Representantes de las Negritudes "*sin serlo*" en tanto obtuvieron posesión de "*manera ilícita*". Que esta orden se debe mantener hasta tanto se resuelva por parte del Consejo de Estado, y mediante decisión definitiva y de fondo sobre la legalidad del acto de elección acusado, como lo estableció el Consejo Superior de la Judicatura al decretar la suspensión provisional de dicho acto favorable a los miembros del "*partido*" FUNECO.

Considera que esta decisión del Consejo Superior de la Judicatura por encontrarse vigente no podía ser susceptible de "*suplantación*" ni por el mismo Consejo de Estado como lo determinó la Sala en el recurso de súplica frente al auto de la Dra. Susana Buitrago Valencia ni tampoco por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Con fundamento en todo lo anterior solicita que se acceda a estas medidas cautelares.

2. Del traslado de la solicitud

En cumplimiento del artículo 233 del CPACA se corrió traslado en audiencia de la medida cautelar invocada y, las partes según el orden concedido, intervinieron como sigue:

2.1. Apoderado del demandado

El abogado en su intervención dio lectura al documento que el día anterior a la audiencia inicial había radicado, relativo a que la "*hora del decreto de pruebas*" pidió que se oficiara a las entidades para que certificaran sobre la autenticidad de la prueba documental aportada al proceso. A continuación solicitó que **no** se accediera a estas medidas cautelares hasta que su pedido no se haya resuelto.

2.2. La apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil

La representante de esta entidad dijo que tal y como lo manifestó y, dado que la entidad debe ser imparcial no se pronunciaba frente a la solicitud de la parte.

2.3. El Ministerio Público

El señor Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado, coadyuvó la solicitud de que se impongan medidas cautelares.

2.4. Los Coadyuvantes

El ciudadano Saúl Villar dijo coadyuvar la petición de medidas cautelares, en razón a que dice están las pruebas requeridas con tal fin.

Por su parte el ciudadano Abuchaibe refiere que su intervención se limita a la demanda coadyuvada y, no puede hacerse extensiva a pedidos en contra de María del Socorro Bustamante Ibarra, como tampoco del señor Rosado. Que la situación que ayuda es la relativa a las calidades del aquí demandado, señor Moisés Orozco Vicuña. Que de no entenderse así su intervención, se retira de la coadyuvancia.

3. Manifestación del solicitante

Otorgado el uso de la palabra el apoderado de los demandantes solicita que se "*revoque la personería*" del señor Abuchaibe en cuanto acudió al proceso con intereses diferentes a los del demandante y por eso se genera actualmente un conflicto. Pide que se acceda a la solicitud de retiro.

Para resolver, se

CONSIDERA

En primer lugar se advierte que este Despacho mediante auto del 22 de junio de 2015 dispuso tomar copia de los apartes

pertinentes del proceso a efectos de resolver las solicitudes planteadas en la audiencia inicial y de competencia del conductor del proceso.

1. De la Competencia

Es preciso señalar que en esta oportunidad la petición de medida cautelar planteada no es relativa a la suspensión de los efectos del acto acusado, la cual únicamente puede proponerse contra el acto de elección en el contencioso electoral en virtud de la norma especial - *inciso final del artículo 277 del CPACA* - cuando se ejercite la demanda o antes de admitirse la misma y, cuya competencia, por expresa disposición de la normativa en cita, impone que sea resuelta por el juez, la Sala o Sección.

El apoderado de los demandantes pide que se disponga “*impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer*” y, con fundamento en ello, reclama que el Presidente de la Cámara de Representantes declare la vacancia del cargo ocupado por el demandado y, que tal decisión se extienda al señor Álvaro Gustavo Rosado, porque dice, se posesionaron sin fundamento legal e **incumpliendo** el fallo de tutela que profirió la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 26 de septiembre de 2014.

De esta manera y, comoquiera que en esta ocasión no se invocó la suspensión de los efectos del acto acusado, cuyo reclamo debe atender a la oportunidad que establece el artículo 277 del CPACA, este Despacho en virtud de la atribución que le asigna el artículo 230 *ibídem*¹ es competente para resolver sobre la procedencia de la medida que reclama, fundada en el numeral 5° de esta normativa.

2. De la procedencia de la medida cautelar solicitada respecto del demandado, señor Moisés Orozco Vicuña

Se reclama de parte del apoderado la orden al Presidente de la Cámara de Representantes para que declare la vacancia del cargo de congresista que en la actualidad ocupan el demandado, señor Moisés Orozco Vicuña y el señor Álvaro Rosado en condición de representantes de la comunidad afrodescendiente, pese a que el acto declaratorio de elección fue objeto de suspensión por el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de un amparo de tutela.

De esta manera ocurre que lo que aquí se cuestiona por el apoderado de los demandantes es el **incumplimiento** al fallo de tutela del Consejo Superior de la Judicatura, en razón a que fue esa Corporación quien impuso las siguientes órdenes:

¹ Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. [...]

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

“REVOCAR la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la acción de tutela de autos, en su lugar se dispone:

Primero. Amparar transitoriamente el derecho a la igualdad y el de participación, conformación, ejercicio y control del poder político de la comunidad Afrodescendiente, Raizal y Palenquera, respecto de la circunscripción especial para ellos prevista frente a la escogencia de sus candidatos para ser los representantes en el Congreso de la República, conforme las razones dadas en las motivaciones de esta providencia, tutela transitoria por cuanto la misma Constitución Política previó que “La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año. En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses”.

Segundo. En consecuencia de lo anterior, se deja provisionalmente sin valor y efecto -hasta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa decida de fondo los medios de control allí interpuestos sobre el mismo tema-, las siguientes Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional Electoral: No. 0396 del 30 de enero de 2014, por la cual se mantuvo en firme la inscripción de MARÍA DEL SOCORRO BUSTAMANTE IBARRA Y MOISÉS OROZCO VICUÑA como candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de comunidades negras, en el periodo constitucional 2014-2018 en la modalidad de voto preferente; No. 0955 del 4 de marzo de 2014 que dejó en firme la anterior decisión previamente recurrida; No. 2528 del 09 de julio de corriente año, por la cual se adjudicaron las dos curules para la Cámara de Representante por la circunscripción especial de comunidades afrodescendientes.

Tercero. Se insta al Consejo Nacional Electoral para que se esté a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del resuelve de esta providencia. Lo anterior, no significa que tenga competencia para revocar los actos administrativos objeto de esta acción de tutela, ni para realizar pronunciamiento alguno para rechazar la representación de las negritudes en la Cámara de Representantes hasta tanto el Consejo de Estado no defina de fondo.

Cuarto. Previa las notificaciones de ley, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”. (Subrayas y Negritas fuera de texto).

En esta medida será en ese trámite judicial de naturaleza constitucional, en el que los legitimados para ello, pueden solicitar mediante el correspondiente incidente de desacato el cumplimiento de la providencia de segunda instancia que

concedió el amparo deprecado y, suspendió provisionalmente los efectos del acto de elección de la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes. Así, será en tal instancia donde se adopten las medidas que correspondan para imponer las órdenes del caso, en el evento de verificarse la inobservancia de esa decisión judicial.

Esta determinación por cuanto si bien la Sección Quinta del Consejo de Estado es la autoridad judicial competente para juzgar sobre la constitucional y la legalidad de la elección de los congresistas, en lo que corresponde a la vigencia y observancia de las medidas provisionales que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adoptó en su condición de juez de tutela, deben ser examinadas por la Corte Constitucional en sede de la revisión eventual que allí se adelanta y del juez que en primera instancia conoció de la tutela, respecto del desacato que aquí se invoca, de conformidad con los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

De manera que la solicitud planteada por el apoderado de los demandantes desborda la competencia asignada a esta jurisdicción por cuanto solo hasta que aquí se profiera una decisión de fondo respecto de las censuras que se le endilgan al acto acusado, la determinación de la suspensión de los efectos de la elección y su incumplimiento, que es lo que en últimas se predica en la petición presentada, por razón de la posesión del señor Moisés Orozco Vicuña como Representante a la Cámara, sin que exista un fallo definitivo de esta jurisdicción, es un aspecto que por ahora, solo le corresponde examinarlo al juez de tutela.

De esta manera y, con fundamento en los anteriores argumentos, este Despacho rechazará la medida cautelar aquí impetrada.

3. De la procedencia de la medida cautelar solicitada respecto del señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón.

Frente a la solicitud que se predica de quien con ocasión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, del 13 de mayo de 2015, fue amparado en sus derechos fundamentales "*al debido proceso, a elegir y ser elegido, a la igualdad y al trabajo*" y que ordenó a la Cámara de Representantes hiciera el llamado a ocupar la curul de quien resultó elegida, señora María del Socorro Bustamante Ibarra, en razón a su fallecimiento, la misma deviene en improcedente por las siguientes razones:

- El proceso acumulado de la referencia únicamente se admitió en contra de la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como Representante a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendiente, luego ninguna orden a título de medida cautelar puede recaer en su contra por cuanto no tiene condición de parte dentro del proceso acumulado conforme se advierte de las providencias visibles a los folios 165-177, 288-291, 353-361 y 418-428 del expediente de copias.

La providencia judicial que sustenta la orden de llamado y por ende su posesión fue dictada en una acción de tutela que se tramitó en primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, que según consulta de procesos en esta Corporación, el expediente N° 25000234100020150084401 donde funge como actor el señor Rosado, se encuentra al despacho de la dra. María Claudia Rojas Lasso, Consejera de Estado de la Sección Primera a quien le corresponde adoptar la decisión que resolverá la impugnación presentada contra el fallo de tutela del 13 de mayo de 2015².

En este orden de ideas, la actuación extensiva al señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón, también se rechazará.

4. De la solicitud subsidiaria de la medida cautelar.

Frente a la manifestación del solicitante de que se impongan las sanciones del caso frente al incumplimiento de las decisiones judiciales, se insiste que tal ámbito de competencia le corresponde al Juez de tutela vía reclamo del incidente de desacato, pues es la autoridad llamada a resolver sobre el incumplimiento del fallo de amparo y las sanciones que resulten procedentes del examen que se realice.

Basta decir que la Sección Quinta en el auto del 5 de marzo de 2015 ordenó al Secretario comunicar a la Presidencia de la Cámara de Representantes, la decisión que mediante dicha providencia se adoptó.

También es del caso manifestar que en mi condición de Presidenta de la Sección Quinta he dado respuesta a las diferentes peticiones que con ocasión del trámite de la demanda de la referencia y de la vigencia de la decisión de tutela del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria del 9 de septiembre de 2014 han elevado el Presidente de la Cámara de Representantes³ y el Magistrado del Consejo Nacional Electoral, doctor Alexander Vega Rocha y, de tales contestaciones se ha informado a la Corte Constitucional. Respecto de la última de las respuestas⁴ que data del 24 de junio de 2015 se le comunicó a quien funge como ponente de la revisión del expediente T-4.638.318, doctor Mauricio González Cuervo.

5. De la renuncia de la coadyuvancia del señor José Manuel Abuchaibe Escolar.

Frente a la manifestación del coadyuvante a quien se le reconoció la condición de tal en el proceso acumulado de la referencia mediante providencia del 1° de junio de 2015, este Despacho considera procedente aceptar su solicitud por cuanto es claro que el derecho de presentarse al proceso, es facultativo.

² Se puede consultar en el link: <http://www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?numero=25000234100020150084401>

³ Oficios de respuesta Nos. 1691 y 1700 de 20 de marzo y 16 de abril de 2015, respectivamente.

⁴ Oficio de respuesta N° 1767 de 24 de junio de 2015, previa remisión que hiciera el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Entonces, es posible que disponga de su derecho de ayuda frente a acompañar la totalidad de las demandas que integran el proceso que coadyuvó (exp. 2014-0096), basado en que no comparte íntegramente las censuras que se esgrimen en los demás procesos existentes, pues su propósito de apoyo inicial se refería a una sola acción. Además, por cuanto con posterioridad a la presentación de su escrito se acumularon las cuatro (4) demandas existentes en esta Corporación por causales subjetivas y dirigidas contra la elección del señor Moisés Orozco Vicuña, y por ende en este evento se aceptará el desistimiento presentado por el señor José Manuel Abuchaibe Escolar.

Tal consideración, la de aceptar el retiro del coadyuvante tiene soporte en el hecho de que las actuaciones del tercero adhesivo están limitadas por las del demandante, de manera que al tercero coadyuvante no le es permitido ampliar o **restringir** la materia sobre la cual versa la litis. De ahí que su intervención no puede estimarse como independiente, sino accesorio y, en esa medida, es posible aceptar su desistimiento como coadyuvante, por cuanto ello no implica la prohibición de que trata el artículo 280⁵ del CPACA.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. RECHAZAR por improcedente la solicitud de medida cautelar impetrada por el apoderado del señor Heriberto Arrechea Banguera y del Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. RECHAZAR por improcedente la solicitud subsidiaria de medida cautelar impetrada, de conformidad con lo expuesto en este auto.

TERCERO. ACEPTAR el desistimiento del señor José Manuel Abuchaibe Escolar como coadyuvante de las demandas acumuladas de la referencia, por lo expresado en esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

⁵ "Artículo 280. Prohibición del desistimiento. En los procesos electorales no habrá lugar al desistimiento de la demanda".

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Los actos de llamamiento deben cuestionarse por el medio de control / ACTO DE LLAMAMIENTO - La caducidad es de treinta días contados a partir de la comunicación del acto que lo realiza / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Rechazo de la demanda por caducidad / CADUCIDAD - Es un requisito de procedibilidad de la acción

Sería del caso entrar a examinar si la demanda cumple con los requisitos formales para cuestionar el acto de llamamiento que se acusa de nulidad, pero comoquiera que se advierte que no cumple con el plazo perentorio que fijó el legislador para el ejercicio de la acción de nulidad electoral en el artículo 164 del CPACA, corresponde en aplicación de los principios de economía y celeridad rechazar de plano la demanda atendiendo a los siguientes razonamientos: 1. De conformidad con el artículo 139 del CPACA los actos de llamamiento, como el que se cuestiona por los actores debe cuestionarse por el medio de control de nulidad electoral. 2. De esta manera, correspondía plantear para controvertir la constitucionalidad y la legalidad del acto de llamamiento, el medio de control de nulidad electoral, el cual en los términos fijados por el legislador en el artículo 164 el CPACA se encuentra sometido a un plazo perentorio para su ejercicio de treinta (30) días, contados a partir de la comunicación del acto que lo realiza, pues no se trata de un acto de elección ni de nombramiento de los que impone el parágrafo del artículo 65 del CPACA, el deber de publicación. 3. El acto de llamado tiene origen en lo dispuesto por el artículo 134 Superior que prevé que: "Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral." 4. En este caso, se tiene que el acto que se cuestiona es el Oficio N° S.G. 2-1285.15 del 25 de mayo de 2015 y se comunicó en esa misma fecha al señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón. Registra como referencia o asunto, el siguiente: "Llamado a tomar posesión como representante a la Cámara / Cumplimiento de la decisión proferida por el tribunal (sic) Administrativo de Cundinamarca". El llamado como se aprecia al folio 3 acudió a posesionarse en idéntica fecha. 5. De las anteriores circunstancias, se advierte de una parte que de haber pretendido el ejercicio de la acción de nulidad electoral, que se insiste es la procedente para el cuestionamiento de los actos de llamamiento y no la de simple nulidad que fue la que se invocó, era preciso que el escrito de demanda se radicara antes del vencimiento de dicho plazo, esto es, que su presentación se hiciera a más tardar el 9 de julio del año en curso. 6. Se advierte al folio 104 del expediente que la demanda la radicaron los actores el 10 de julio de 2015, esto es, luego de superarse el término previsto para tal efecto, lo que impone, como se anticipó, el rechazo de la demanda por caducidad de la acción. 7. Debe precisarse que la caducidad es un requisito de procedibilidad de la acción que impide de este Despacho adelantar cualquier tipo de trámite orientado a la verificación de la observancia de los requisitos formales de la solicitud y del

examen sobre el carácter del acto cuestionado que se expidió en cumplimiento de una orden de tutela. 8. Finalmente, no sobra advertir que ya en oportunidad los actores ejercitaron la demanda en contra del acto de llamamiento pero por el hecho de no haberla corregido en tiempo, fue rechazada. Esta circunstancia tampoco revive los términos bajo los cuales acudió a esta jurisdicción.

Fuente Formal: Ley 1437 De 2011 - artículo 139

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (e)

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00366-00

Actor: Saúl Villar Jiménez y Otro

Demandado: Representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes

Ha venido la presente demanda proveniente de la Sección Primera de esta Corporación que la remitió por razones de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo N° 55 del 5 de agosto de 2003 de la Sala Plena¹.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

Los actores formulan demanda en ejercicio de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 137 del CPACA, por la cual solicitan se anule el acto administrativo del 25 de mayo de 2015 por medio del cual la Mesa Directiva de la Cámara Representantes llamó a ocupar el cargo de Representante a la Cámara al señor Gustavo Rosado Aragón. Igualmente demandan en nulidad el acta de posesión cumplida el mismo 25 de mayo de 2015.

Fundan la solicitud en el hecho de que el llamamiento del señor Rosado Aragón no procedía por encontrarse pendiente de decisión respecto de la representación lograda por la Fundación FUNECO a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes, período 2014-2018.

También alegan que el "*supuesto fallo que aportó como prueba el Señor Gustavo Rosado Aragón*" para que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le amparara sus derechos fundamentales, nunca existió².

¹ Folio 114 del expediente.

² Se refiere a una presunta decisión en favor de María del Socorro Bustamante

II. CONSIDERACIONES

Sería del caso entrar a examinar si la demanda cumple con los requisitos formales para cuestionar el acto de llamamiento que se acusa de nulidad, pero comoquiera que se advierte que no cumple con el plazo perentorio que fijó el legislador para el ejercicio de la acción de nulidad electoral en el artículo 164 del CPACA, corresponde en aplicación de los principios de economía y celeridad rechazar de plano la demanda atendiendo a los siguientes razonamientos:

1. De conformidad con el artículo 139 del CPACA los actos de llamamiento, como el que se cuestiona por los actores debe cuestionarse por el medio de control de nulidad electoral. Tal disposición prevé:

“ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. *Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998”.

2. De esta manera, correspondía plantear para controvertir la constitucionalidad y la legalidad del acto de llamamiento, el medio de control de nulidad electoral, el cual en los términos fijados por el legislador en el artículo 164 del CPACA se encuentra sometido a un plazo perentorio para su ejercicio de treinta (30) días, contados a partir de la comunicación³ del acto que lo realiza, pues no se trata de un acto de elección ni de nombramiento de los que impone el parágrafo del artículo 65 del CPACA, el deber de publicación.

y que indica alegó el demandado fue expedida por la Sala de Conjucees del Consejo Superior de la Judicatura en razón a que se controvertía una actuación que surtió esa Corporación, pero de la que se certifica según dicho del actor que no existe.

- 3 El artículo 166 del CPACA, prevé: “Anexos de la demanda. A la demanda deberá acompañarse:

1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.

[...]

3. El acto de llamado tiene origen en lo dispuesto por el artículo 134 Superior que prevé que: **“Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.”**
4. En este caso, se tiene que el acto que se cuestiona es el Oficio N° S.G. 2-1285.15 del 25 de mayo de 2015 y se comunicó en esa misma fecha al señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón. Registra como referencia o asunto, el siguiente: ***“Llamado a tomar posesión como representante a la Cámara / Cumplimiento de la decisión proferida por el tribunal (sic) Administrativo de Cundinamarca”***. El llamado como se aprecia al folio 3 acudió a posesionarse en idéntica fecha.
5. De las anteriores circunstancias, se advierte de una parte que de haber pretendido el ejercicio de la acción de nulidad electoral, que se insiste es la procedente para el cuestionamiento de los actos de llamamiento y no la de simple nulidad que fue la que se invocó, era preciso que el escrito de demanda se radicara antes del vencimiento de dicho plazo, esto es, que su presentación se hiciera a más tardar el **9 de julio del año en curso**.
6. Se advierte al folio 104 del expediente que la demanda la radicaron los actores el **10 de julio de 2015**, esto es, luego de superarse el término previsto para tal efecto, lo que impone, como se anticipó, el rechazo de la demanda por caducidad de la acción.
7. Debe precisarse que la caducidad es un requisito de procedibilidad de la acción que impide de este Despacho adelantar cualquier tipo de trámite orientado a la verificación de la observancia de los requisitos formales de la solicitud y del examen sobre el carácter del acto cuestionado que se expidió en cumplimiento de una orden de tutela.
8. Finalmente, no sobra advertir que ya en oportunidad los actores ejercitaron la demanda en contra del acto de llamamiento pero por el hecho de no haberla corregido en tiempo, fue rechazada⁴. Esta circunstancia tampoco revive los términos bajo los cuales acudió a esta jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO. RECHAZAR de plano la demanda de Nulidad Electoral N° 11001-03-24-000-2015-00366-00, promovida por

⁴ Auto del 23 de junio de 2015 proferido en el expediente N° 11001-03-28-000-2015-00013-00. Actor: Saúl Villar Jiménez y otro. Demandado: Álvaro Gustavo Rosado Aragón -Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

los señores Saúl Villar Jiménez y Heriberto Arrechea Banguera contra la elección del señor Álvaro Gustavo Rosado Aragón como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. Por Secretaría **DEVUÉLVASE** a los accionantes la demanda y sus anexos, sin necesidad de desglose.

TERCERO. En firme este auto **ARCHÍVESE** la actuación dejando las constancias del caso.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

3.1.2. NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS

PROCESO ELECTORAL - No procede terminación por fallecimiento del demandado / TERMINACIÓN DEL PROCESO - En medio de control de nulidad electoral no procede con fundamento en fallecimiento del demandado / MUERTE DEL DEMANDADO - No constituye causa de terminación anormal del proceso / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - En los procesos electorales no habrá lugar al desistimiento de la demanda

Los problemas jurídicos a resolver se subsumen en dos aspectos esenciales conforme fueron planteados en la audiencia inicial. La demanda contempla censuras de carácter objetivo, en tanto no recaen sobre aspectos predicables de las condiciones de elegibilidad, incumplimiento de los requisitos para el ejercicio o desempeño del cargo o inhabilidades atribuibles a los accionados. Así, el control de legalidad del acto de elección que se acusa, y a cuyo examen se referirá la Sala, impone un pronunciamiento previo respecto de los efectos que alega el apoderado de uno de los demandantes en relación con el fallecimiento de la elegida, señora María del Socorro Bustamante Ibarra (q. e. p. d.). Obra en el expediente copia del registro civil de defunción de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra, una de las candidatas inscrita por FUNECO y respecto de quien recayó el acto de elección como candidata que encabezó la lista de FUNECO. Debe advertirse, por ser de esencial y necesario conocimiento para lo que se pretende discutir, que mediante fallo de tutela del 9 de septiembre de 2014 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura los efectos del acto de elección se encuentran suspendidos porque el juez constitucional encontró que los elegidos no representan a la comunidad afrodescendiente, es decir, que, el amparo concedido radicó en aspectos relacionados con la falta de requisitos de quienes fungen como demandados. Bajo la anterior precisión y por el examen a que fue sometido el acto de elección - causales objetivas -, es claro que el fallecimiento de la elegida no releva al juez electoral del análisis y estudio sobre la legalidad del acto acusado, pues el propósito de este medio de control no es otro que un estudio objetivo de legalidad que impone precisamente

adoptar una decisión de fondo en relación con las censuras que son materia de las demandas acumuladas. Y es que, bajo el entendido de que el medio de control de nulidad electoral es de naturaleza pública y que su propósito es obtener el restablecimiento de la legalidad y del orden jurídico, le está vedado al juez, tal como lo pretende el actor, señor Heriberto Arrechea Banguera - aunque no es claro en su pedimento - que se disponga ordenar su llamado a ocupar una curul de la circunscripción afrodescendientes, y en consecuencia cesar la actuación procesal por el fallecimiento de quien en este caso fungió como demandada, por cuanto en ella recayó la elección. Así las cosas, la muerte de una de las partes no impone para la acción electoral abstenerse de adoptar una decisión de fondo que resuelva la pretensión de legalidad a que fue sometido el acto de elección. A diferencia de otras acciones, como la de pérdida de investidura, sí es causa procedente para la extinción de la acción, la inexistencia física de la persona, pues es respecto de ella de quien recae la decisión. Se concluye entonces, que en materia del contencioso electoral el desistimiento o terminación anticipada de la acción está proscrito en los términos del artículo 280 del CPACA. Tan solo opera aquella que se ha dado en denominar por la doctrina como desistimiento tácito, entendido como una forma de terminación del proceso, cuya consecuencia se genera por el abandono que sufre el trámite por parte del demandante quien tiene a su cargo alguna carga para cumplir las notificaciones ordenadas en el auto admisorio- literal g) numeral 1 del artículo 277 del CPACA -. Así, por la naturaleza de la acción y ante la ausencia de reglamentación que en este proceso de naturaleza pública y especial, que disponga que la muerte del elegido constituye una causa para la terminación del proceso, la petición se negará. Tampoco los efectos que se pretenden derivan del fallecimiento de la señora Bustamante Ibarra, son procedentes. El razonamiento del solicitante es que debido a ello la curul la debe ocupar el candidato que sigue en la mayor votación obtenida por la lista del MIO; sin embargo, tal pedimento no tiene sustento normativo, toda vez que para los casos de vacancias absolutas es preciso verificar las formas de suplirlas y la competencia de quienes están obligados a tomar tal decisión y el trámite que deben adelantar. En estos términos se niega la solicitud, como se anticipó.

Nota de Relatoría: Sentencia de 5 de agosto de 2005. R. N. 150012331000200303045-01(3622). Actor: Carlos Fosión Arlantt Mindiola, M. P.: Darío Quiñones Pinilla, Sección Quinta. Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 280

VOTO EN BLANCO - Recuento normativo. Reformas / VOTO EN BLANCO - Mayoría requerida para declarar la anulación de una elección y sus consecuencias / VOTO EN BLANCO - Cantidad de votos que debe obtener la opción "en blanco" para asignar a la autoridad electoral la orden de repetir las elecciones / VOTO EN BLANCO - Deberán repetirse las elecciones cuando del total de votos válidos los votos en blanco constituyan la mayoría / VOTACIÓN VALIDA - Está constituida por el total de los votos por candidatos y la votación en blanco / MAYORÍA - Para los efectos invalidantes del voto en blanco se predica respecto de la votación total obtenida por las listas

El propósito de esta demanda que se estudia tiene como fin determinar cuál es la cantidad de votos que debe obtener la opción "en blanco" para asignar a la autoridad electoral la orden de repetir las elecciones. Para resolver este planteamiento, es preciso que la Sala examine la disposición constitucional que contempla tal efecto para determinar si les asiste razón a los demandantes en la censura que plantean, respecto de que es suficiente que la votación en blanco sea simplemente mayor a las demás, sin condicionamiento o parámetro diferente al de constituir la votación más alta de cara a la obtenida por las listas. De acuerdo con el paralelo de las disposiciones se aprecia que fue a partir de la reforma introducida por el acto legislativo 01 de 2003 que la Constitución le otorgó a la votación en blanco efectos invalidantes respecto de los comicios celebrados. Antes de dicha reforma y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 96 de 1985 y luego con la expedición del Código Electoral, el voto en blanco tenía únicamente valor para obtener el cociente electoral. En la Ley 163 de 1994 el voto en blanco se define como "[...] aquél que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco". De esta manera, puede decirse que desde la reforma del año 2003 le fueron concedidos efectos político-electorales a la votación en blanco bajo especiales parámetros que el constituyente derivado consideró como necesarios para abstenerse de declarar la elección de los participantes en tales comicios y convocar a nuevas elecciones, cuandoquiera que los votos en blanco superaran por "mayoría absoluta", a los demás que constituían la votación válida. (...) La discusión se centra en establecer cuál es la clase de mayoría que debe predicarse de los votos requeridos para el éxito del "voto en blanco" frente a las listas de candidatos, previa determinación de cuál es el entendimiento que debe dársele a la calificación de "mayoría" luego de haberse suprimido la condición de "absoluta" que establecía la reforma prevista por el acto legislativo 01 de 2003. Para avanzar en resolver sobre estos condicionamientos la Sala se pronuncia de la siguiente manera: Aunque se eliminó el término absoluta, la mayoría se predica sobre los votos válidos, soportada en la redacción del

texto constitucional que no admite interpretación diferente sobre el particular. Así, el mayor número de votos, se obtiene de cara a la votación total de las listas inscritas, pues todos estos resultados constituyen el componente establecido como parámetro para obtenerla: "votación válida". En efecto, el concepto de "mayoría" para los efectos invalidantes del voto en blanco se predica respecto de la votación total obtenida por las listas. Ello por cuanto los votos válidos los constituyen el resultado de sumar: el total de votos por candidatos y la votación en blanco. Entonces, solo en la medida en que el voto en blanco supere en mayor número de votos al total de los votos de las listas, se puede concluir que es necesaria la realización de nuevos comicios al tenor de lo estatuido en el párrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política. En este orden de ideas, debe quedar claro que el parámetro para determinar las mayorías es la votación válida que se encuentra fijado así desde la reforma del Acto Legislativo 01 de 2003, pues no sufrió modificación alguna con la reforma política del 2009. La operación matemática que se debe aplicar debe tener en cuenta la totalidad de los sufragios depositados en favor de todas las listas pues son votación válida y no simplemente los votos respecto de una de las listas consideradas individualmente o de aquella que resultó la más votada. Tal explicación descarta el sentido que los accionantes quieren asignarle a la norma superior con efectos anulatorios. Además, la función que adelantó el Congreso como constituyente derivado para la reformar la Constitución no contempló como discusión, el considerar otro parámetro, como el que plantean los accionantes, esto es la lista más votada. Así las cosas, se concluye que en la medida en que la votación depositada en favor del voto en blanco constituya el mayor número de votos en relación con la totalidad de aquellos registrados a las listas inscritas que participaron en la elección, es procedente derivar efectos invalidantes de tal situación lo que impone la realización de nuevos comicios. Así las cosas, se insiste que tal mayoría no la representa la mayor votación respecto de cada candidato o lista, puesto que el parámetro que se fijó fue el que la votación en blanco y respecto de los votos válidos debe constituir la mayoría. (...) la interpretación otorgada por la Corte Constitucional al inciso tercero del artículo 30 del proyecto de Ley Estatutaria determina la explicación que esta Sala adoptará frente a aquello que debe considerarse como "mayoría" de la votación en blanco respecto de la votación válida. Conclusión que impide que tal cálculo se haga de manera particular e individual frente a la votación registrada por las listas que se enfrentan en los comicios. Y es que comparar apenas la votación en blanco con la que obtuvo la mayor votación o cualquiera de las demás listas inscritas desconocería un porcentaje importante de la votación que debe computarse con efectos de validez.

Nota de relatoría: Sentencia de 9 de marzo de 2012. Rad. 11001-03-28-000-2010-00029-00 / 2010-00034-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia C-490 de 2011, Corte Constitucional.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 258 / Acto Legislativo 01 de 2003 / Acto Legislativo 01 de 2009

CÁMARA DE REPRESENTANTES - Asignación de curules / CÁMARA DE REPRESENTANTES POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL - Sistema electoral adoptado para la asignación de

curules / CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES - La asignación de curules se surte bajo sistema de cociente electoral

La circunscripción de comunidades afrodescendientes tiene una connotación especial dada su consagración y reconocimiento en la Constitución de 1991, que tuvo por propósito otorgarle representación en el Congreso de la República. Ahora bien, corresponde resolver la censura de los accionantes que radica en cuestionar el método o sistema que el Consejo Nacional Electoral empleó para distribuir las curules entre las listas participantes al aducir que debió emplearse al igual que en la circunscripción especial de indígenas del Senado de la República el cociente electoral, por ser la circunscripción demandada, también de naturaleza especial y no estar sometida a la regla del artículo 263 Superior frente a la que es mandatorio cuando se eligen hasta dos miembros de las Corporaciones Públicas que las listas entre las que se distribuyan las curules superen el porcentaje del 30% del cociente. En los términos del artículo 176 Constitucional la Cámara de Representantes se integra por personas elegidas por circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional. La circunscripción especial, dice la norma en comento, se concibió para asegurar la participación de grupos étnicos y de minorías políticas. En desarrollo de esta preceptiva superior la Ley 649 de 2001, determinó en el artículo 1° que la circunscripción especial tendría 5 curules, dos de ellas para la comunidad afrodescendiente. El artículo 3° establece que los candidatos de las Comunidades Negras “deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior”. Por su parte, el artículo 10 indica que los Representantes por la circunscripción especial “serán elegidos mediante el sistema que en el momento sirva de escogencia a los congresistas”. Es de resaltar que las reformas políticas adoptadas mediante los Actos Legislativos N 01 de 2003 y N 01 de 2009 acogieron como sistema dominante para la asignación de curules en las corporaciones públicas de elección popular, el de la cifra repartidora, de todos modos conservó cierta referencia al sistema de cociente electoral para el reparto de escaños en las circunscripciones en que se eligen dos miembros, como es el caso de los afrodescendientes. Entonces, de acuerdo con el artículo 263 Superior la asignación de curules en la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes se surte bajo el sistema de cociente electoral, es decir, dividiendo la votación total válida sobre el número de puestos a suplir, pero con una condición particular consistente en que en la distribución de curules únicamente pueden participar aquellas “listas que superen en votos el 30% de dicho cociente”,; es decir, que solo participan en la asignación de curules quienes sobrepasen dicho porcentaje. De esta manera, es evidente que pese a compartir la naturaleza de ser circunscripciones especiales, la del Senado de la República para la comunidad indígena y la de comunidades afrodescendientes que aquí se acusa, lo cierto es que tienen regímenes diferentes por cuanto uno es el fijado

especialmente para la comunidad indígena según lo prevé la Constitución y el otro, aquel que por elegir 2 curules se aplica por remisión al artículo 263 Superior. Este aspecto impone rechazar que se apliquen las decisiones que resolvieron lo correspondiente a la elección del Senador representante de la comunidad indígena, que de paso debe indicarse, tan solo elige a un (1) representante y lo es por la circunscripción nacional del Senado de la República. De igual manera no hay lugar por esta razón a examinar lo dispuestos en las Resoluciones de los dos periodos que antecieron a esta elección que se acusa, por cuanto no procede examinar la legalidad de aquellas con respecto a la situación que actualmente acontece y a las alegaciones que sustentan esta demanda, puesto que el estudio que acontece en este contencioso electoral es respecto de las normas superiores en que el acto de elección debió fundarse, en apego del mandato superior contenido en el artículo 230.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 176 / Constitución Política - artículo 263 / Acto Legislativo 01 de 2003 - artículo 12 / Acto Legislativo 01 de 2009 - artículo 11 / Ley 649 de 2001 / Código Electoral - artículo 7°

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (e)

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00089-00

Actor: Heriberto Arrechea Banguera y Otros

Demandado: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes

Luego de agotadas las etapas procesales correspondientes, procede la Sala a decidir la demanda acumulada presentada por Heriberto Arrechea Banguera, el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO y los señores Jorge Ignacio Salcedo Galán, Jeritza Merchán Díaz y Ricardo Pérez González dirigida a obtener la nulidad de la Resolución N° 2528 de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendiente, período 2014 - 2018.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demandas

1.1. Expediente N° 2014 - 0089 Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO

La demanda se presentó por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, se cuestiona el acto de elección como Representantes a la Cámara de los

señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, porque dicen que no se aplicó en debida forma el debido proceso electoral en relación con la asignación de las curules.

1.2. Expediente N° 2014 - 0094 Ricardo Pérez González y otros

La demanda la presentaron tres ciudadanos, quienes en ejercicio de la acción de nulidad electoral, cuestionan el acto de elección como Representantes a la Cámara de los señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, porque dicen fue el voto en blanco el vencedor en esta contienda al haber obtenido el mayor número de votos en relación con las listas participantes, hecho que impone a su juicio la realización de unas nuevas elecciones.

2. Fijación del litigio

De conformidad con el examen de los hechos, las normas violadas y los cargos planteados en las demandas que fueron objeto de acumulación; así como su oposición en las contestaciones, se señaló en la audiencia inicial celebrada el 16 de marzo de 2015, que el problema jurídico a resolver recaía en la siguiente temática:

1. *"Si el sistema electoral para asignar las curules que se otorgan en representación de la circunscripción especial de que trata el artículo 176 de la Constitución Política, esto es, la representación de afrodescendientes a la Cámara de Representantes, no debió calcularse como lo hizo el Consejo Nacional Electoral en el acto acusado (en aplicación del artículo 263 Superior), esto es, que la distribución de curules tenga que determinarse teniendo en cuenta las listas que superaron el 30% del cociente electoral, sino por aplicación del sistema de cociente electoral entre las listas participantes, y que la asignación de curules se haga "por residuo, siendo el residuo el total de votos alcanzado por cada lista".*

Lo anterior [...] debido a que así se consulta el querer del Constituyente derivado [...] el espíritu y el sentido finalístico que debe otorgársele a esta norma. Que también se ocupara si estuvo mal hecha la asignación de curules.

Para resolver este planteamiento [...] se pronunciara frente a la aplicación de las sentencias que citan como referentes los demandantes, junto con los planteamientos que se invocan como defensa en las contestaciones de la demanda, que implican el examen de la reforma que introdujo el artículo 263 de la Constitución Política, mediante el acto legislativo 01 de 2009.

zbb Para examinar esta censura se tendrán en cuenta las posturas que asumen las partes y la coadyuvancia a la demanda. Asimismo se analizara cuál es el alcance de la reforma constitucional que sufrió el

artículo superior en cita, en relación con la supresión de la palabra "absoluta" a efectos de determinar su alcance, así como si procede o no reiterar un pronunciamiento que sobre el particular esta Sección adoptó".

3. Fundamentos de hecho

Para resolver el problema jurídico sobre el cual recaen las demandas acumuladas, es preciso traer a colación los hechos que alegaron las partes, así:

3.1. Expediente N° 2014 - 0089 Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO

- Que la Fundación Ebano de Colombia inscribió como candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes y para el período constitucional 2014-2018 a los señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña.
- Que los demandantes presentaron reclamación electoral en observancia del requisito de procedibilidad en razón a que estiman que el sistema que se debe emplear para la asignación de curules debe atender el sistema de cociente electoral sin determinación de umbral.
- Que el Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución N° 2528 de 9 de julio de 2014, entregó las dos curules a los miembros de Funeco, situación que dice desconoce el espíritu de la norma y el querer del legislador pues no era el propósito que las dos curules quedaran asignadas a una sola lista.

3.2. Expediente N° 2014 - 0094 Ricardo Pérez González y otros

- Que el 9 de marzo de 2014 se llevaron a cabo las votaciones para la elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.
- Que el resultado de las elecciones según el formulario E-26 CA de Cámara de Afrodescendientes registró que la opción mayormente acogida fue la de "voto en blanco" que obtuvo 77.572 votos, le siguió la Fundación Ebano de Colombia con 62.004 votos y en tercer lugar el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO con 20.712 votos.
- Que el 9 de julio de 2014 el Consejo Nacional Electoral profirió la Resolución N° 2528 por medio de la cual se declaró la elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes.

4. Concepto de la violación

Se sustenta en los siguientes argumentos:

4.1. Expediente N° 2014 - 0089 Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO

En primer lugar identifica el régimen constitucional y legal de adjudicación de curules para la circunscripción especial de comunidades negras, raizales y palenqueras, para lo cual transcribe los artículos 176 y 263 Superior; y 1°, 3° 10° de la Ley 649 de 2001.

Sostiene que la adjudicación de la curules entratándose de esta circunscripción se realiza bajo el sistema de **cociente electoral**. Que así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-169 de 2001, en la que analizó la exequibilidad de la Ley 649 de 2001 dado que la naturaleza de la circunscripción de comunidades negras es **especial**.

Explica que el legislador en su potestad de libertad de configuración estableció en el artículo 10 de la Ley 649 de 2001 que ésta se haría bajo el sistema de cociente electoral que rige para aquellas elecciones donde se adjudican 2 curules a los miembros pero considerando el umbral del 30% de dicho cociente, según lo preceptúa el artículo 263 de la constitución política.

Refirió que en materia de cociente electoral la reforma constitucional de 2003 y para todas las elecciones de corporaciones regía dicho sistema regulado por el artículo 7° del Decreto 2241 de 1986 - Código Electoral, modificado por el artículo 263 de la Constitución Política.

Indica que el sistema de cociente electoral opera para la adjudicación de escaños de acuerdo con el número de veces que ese cociente quepa en la votación de la lista y en el evento que no se puedan asignar de esta manera la provisión de todas las curules y entonces se debe hacer a los mayores residuos en forma descendente y entre las listas, **no entre los candidatos**¹.

Que la reforma constitucional adoptada en el acto legislativo 01 de 2003, estableció que la preponderancia política radica en los partidos y movimientos políticos sobre los individuos o candidatos.

Que en estos términos se creó el régimen de bancadas y también se dispuso que los partidos y movimientos presentaran listas y candidatos únicos.

Estima así que tanto la cifra repartidora como el cociente se aplican a la votación obtenida por las diferentes listas y no a los candidatos.

De todas las normas citadas establece que el sistema electoral

vigente se aplica directamente a los partidos y movimientos políticos - umbral, cociente electoral, cifra repartidora y bancadas - y que se previeron en favor del fortalecimiento de los partidos políticos y en desmedro de las “microempresas electorales” como consta en los antecedentes de la reforma política del año 2003.

Trae a colación una decisión de esta Sección² para referir que “(...) *bajo el sistema del cociente electoral la adjudicación de escaños igualmente se surte entre las listas inscritas por los partidos o movimientos políticos*”³.

También se refiere al fallo del 29 de junio de 2007, Radicado N° 11001-03-28-000-2006-00023-00 y transcribe en extenso dicha providencia para de manera concluyentes señalar que: i) la adjudicación de curules en materia de circunscripción especial de negritudes se realiza por el sistema de cociente electoral, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 649 de 2011 y en concordancia con el artículo 263 de la C. P., y ii) que el sistema de cociente electoral se aplica entre listas y no entre candidatos.

Con fundamento en tales conclusiones señala que los resultados plasmados en el formulario E-26 indican que el total de votos válidos fue de 243.495, y que las listas más votadas en las elecciones del 9 de marzo de 2014, fueron:

¹ ara el efecto transcribe el fallo dictado por esta Sección el 29 de junio de 2007 en el Expediente N° 2006-0023.

² Es la dictada el 11 de julio de 2007. Rad. Interno N° 2010-0054 y 2010-0105 del Consejo de Estado. Consejero Ponente. Mauricio Torres Cuervo.

³ Esta aparte contiene subrayas de los demandantes. Ver folio 441 Expediente 2014-0089.

FUNDACIÓN EBANO DE COLOMBIA - FUNECO	
<i>FUNECO</i>	7062
<i>María del Socorro Bustamante Ibarra</i>	37745
<i>Moisés Orozco Vicuña</i>	14028
<i>Álvaro Gustavo Rosado</i>	3169
<i>Total votos de la lista</i>	62004
MOVIMIENTO DE INCLUSIÓN Y OPORTUNIDADES - MIO	
<i>MIO</i>	3067
<i>Heriberto Arrechea Banguera</i>	12464
<i>Carlos Héctor Caicedo</i>	4427
<i>Ramón Palomeque</i>	754
<i>Total votos lista</i>	20712
CORPORACIÓN PODER CIUDADANO	
<i>PODER CIUDADANO</i>	2606
<i>Diego Angulo</i>	5385
CORPORACIÓN PODER CIUDADANO	
<i>Adil José Meléndez</i>	1823
<i>Harold Angulo Vence</i>	4096
<i>Total votos por la lista</i>	13910

Soportados en la anterior información dicen que el cociente electoral equivale a 121.747 votos y el umbral a "36.524.25" (sic).

Revisadas las votaciones obtenidas por las listas ninguna superaría el cociente electoral y el umbral solo lo excede Funeco. Considera que a esta lista solo podría asignársele una curul no por cociente sino por residuo.

Que no es jurídicamente válido que se hayan asignado a dicha lista las dos curules, porque: i) la lista no superó el cociente electoral, pues este no cabe ni una sola vez dentro de los votos válidos en tanto ésta alcanzó tan solo 61.976 votos y el cociente asciende a 121.747. La asignación debe hacerse por residuo, correspondiente a la votación alcanzada por cada lista; ii) la asignación de las curules se hace entre listas y no entre candidatos, según lo dispuesto en el artículo 263 Superior. Estima que el asignar la segunda curul a Funeco contraviene el sentido finalístico de esta disposición y admitiría que la curul se le entrega a los candidatos, en este caso quien obtuvo 14021 votos frente a los 20689 que obtuvo la lista del MIO.

Agrega que si bien una sola lista fue la que superó el umbral del 30% ello no obligaba al Consejo Nacional Electoral para asignar las dos curules a Funeco. Que debió considerarse la especialidad de la circunscripción de negritudes y además que históricamente y bajo el imperio del acto legislativo 01 de 2003, la asignación de curules no se siguió bajo este método. Para ello refiere los dos actos de elección que antecedieron en esta circunscripción, esto es, las Resoluciones 0909 del 01 de junio de 2006 y 1795 del 19 de julio de 2010⁴.

⁴ A los folios 450 a 451 transcribe lo pertinente de las citadas Resoluciones

4.2. Expediente N° 2014 - 0094 Ricardo Pérez González y otros

Los accionantes en este proceso sustentaron la demanda en un único cargo contra el acto acusado, consistente en la violación del parágrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política.

Como apoyo de su planteamiento transcriben la normativa antes de la reforma surtida por el Acto Legislativo 1° de 2009 y hacen alusión al proyecto radicado ante el Senado de la República.

Que los debates que se surtieron tuvieron por propósito el cambio de la expresión "mayoría absoluta" por "mayoría simple" para que el voto en blanco tuviera efectos jurídicos. También aludió al texto del pliego de modificaciones, para de ese derivar que la eliminación de la expresión "absoluta" como adjetivo calificativo del sustantivo: mayoría no fue una simple casualidad sino el producto de la decisión política clara e inequívoca de los legisladores.

Estimaron que las discusiones que se dieron en torno a la norma a modificar concluyeron que no había lugar a ningún tipo de calificación frente a la mayoría requerida.

Descendiendo al desarrollo del concepto de violación de la causal esgrimida indicaron que la más importante es la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo, en tanto defiende el principio de legalidad sobre el cual se soporta todo Estado Social de Derecho.

que asignaron las curules para los periodos 2006-2010 y 2010-2014.

Consideraron que en el presente caso el Consejo Nacional Electoral se “reveló contra el sentido de la norma al entender que la mayoría exigida para declarar la victoria del voto en blanco es una mayoría absoluta y no una mayoría no calificada”. Que el desconocimiento proviene de una incorrecta interpretación del artículo 258 Superior que hizo la autoridad que declaró la elección.

Refiere que del sentido puramente electoral el concepto de “mayoría” lo constituye el grupo u opción por la cual se emitió el porcentaje mayor de los votos emitidos “comparados” con todas las opciones puestas en competición. Dicen que si se quiere que la mayoría tenga alguna calificación especial debe estar determinada en forma de adjetivo.

Que las mayorías calificadas deben ser expresas y solo utilizadas para grandes reformas normativas en búsqueda de seguridad jurídica y de estabilidad institucional y no para la elección de personas a cargos públicos, donde se imponen las mayorías naturales o simples sin exigencias especiales.

Consideran que cuando se exigen mayorías absolutas estas deben ser explícitas y precisas, pues lo contrario atenta contra el reconocimiento de las minorías a las que se le dan garantías especiales.

Indica que el sufragio es la base del modelo democrático. En tal condición y como mecanismo de la democracia participativa el voto en blanco ha de considerarse como un avance en razón a que sus efectos implican precisamente negar una representación cuando en relación con los candidatos participantes existe una clara manifestación de no apoyo

5. Trámite y audiencias

5.1. La admisión de la demanda - Expediente N° 2014 - 0089

De manera previa a resolver sobre la admisión de la demanda, por auto del 8 de agosto de 2014⁵ el Consejero a quien le correspondió por reparto el asunto ordenó dividir el escrito en tres (3) documentos distintos, respecto de las causales objetivas y las de naturaleza subjetiva contra los elegidos Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.

Según providencia del 18 de septiembre de 2014⁶ la Sección Quinta admitió la demanda y ordenó notificar del trámite a los señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña. También se ordenó la notificación personal de esa decisión al Registrador Nacional del Estado Civil, al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Ministerio Público⁷. La solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado se negó.

Durante el término de contestación la señora María del Socorro Bustamante Ibarra, en su condición de demandada acudió en

tiempo a manifestarse sobre el libelo interpuesto en contra del acto de elección. También la Registraduría Nacional del Estado Civil por intermedio de apoderada contestó la demanda. Su intervención se verifica en los siguientes términos:

5.1.1. Por parte de la demandada

Concurrió por intermedio de apoderada judicial a contestar la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones:

- Refirió que la asignación de curules se hizo en estricta aplicación del procedimiento electoral establecido y con arreglo al sistema de cociente.
- Aludió a que la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes tiene su origen en el concepto de inclusión democrática instituido en la Constitución Política de 1991, específicamente en el artículo 176 Superior, modificado por los actos legislativos 2° de 2005 y 3° de 2005.
- Señala que este precepto constitucional tuvo desarrollo legal en el artículo 66 de la Ley 70 de 1993, pero el mismo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 1996.
- En relación con el cargo de censura afirmó que el artículo 263 de la C. P. fijó el nuevo instrumento de asignación de curules mediante la distribución por el sistema de cifra repartidora, que dice, consiste en que cada lista obtiene tantas curules como veces esté contenido un número mínimo de votos en el total de sufragios, denominado cifra repartidora.
- Que aunque el propósito de este modelo fue el del fortalecimiento de los partidos, entratándose de circunscripciones que apenas eligen dos miembros se debe aplicar lo preceptuado en el inciso 5° del artículo en cita, consistente en que: “En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cociente”.
- De esta manera estima que se mantiene el sistema del cociente electoral para la elección de dos (2) miembros o representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes.
- Que el sistema de cociente electoral según el Código Nacional Electoral consiste en la operación que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos a proveer, adjudicando las curules a cada lista en proporción al número de veces que su resultado quepa en éste. Este sistema debe tenerse en cuenta con la modificación que introdujo el acto legislativo N° 01 de 2009, relativo a que se impuso como requisito previo que la asignación de curules que se hace entre las listas inscritas que superen el 30% de dicho cociente.

5 Folios 350 - 353 del C. 1 Expediente 2014 - 0089.

6 Folio 469 C. 1 A Expediente 2014 - 0089.

7 Folio 470 C. 1 A Expediente 2014 - 0089.

- Descendiendo al caso concreto estima que el umbral se estableció en 36.524 votos y al revisar los resultados se tiene que el único movimiento que lo superó fue la Fundación Ebano de Colombia, por lo tanto, las dos curules debían asignársele a esta lista, como en efecto ocurrió.
- Se opone a la afirmación de los demandantes respecto de que si bien los escaños deben asignarse a las listas, la curul entregada al señor Moisés Orozco Vicuña no era procedente en razón a que la votación individual que obtuvo no superó el umbral, pues insiste que desconocen que el elegido hace parte de la lista que presentó la Fundación Ebano de Colombia.
- Finalmente, respecto de que se desconoció el principio de la confianza legítima en razón a que históricamente se asignan las dos curules a las listas que no habían superado el umbral. Resalta que el mismo no tiene aplicación cuando los hechos alegados no encajan claramente en el postulado.

5.1.2. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

Esta entidad fue inicialmente vinculada mediante notificación del auto admisorio de la demanda al proceso, pero en virtud de la excepción que propuso denominada “*Falta de Legitimación en la causa por pasiva*”, y debido a que en la audiencia inicial se acogió, quedó excluida del proceso electoral. Este motivo releva a Sala de relacionar los argumentos expuestos en su escrito.

5.1.3. Los terceros intervinientes

En este proceso acudieron las siguientes personas en condición de **coadyuvantes**:

5.1.3.1. Saúl Villar Jiménez

Este ciudadano acudió a coadyuvar las pretensiones de la demanda radicada bajo el N° 2014 - 0089 según escrito que obra a los folios 514 y siguientes del expediente, y fue reconocido como tal por auto del 10 de noviembre de 2014⁸.

5.2. La admisión de la demanda - Expediente N° 2014 - 0094

De manera previa a resolver sobre la admisión de la demanda, por auto del 27 de agosto de 2014⁹ la Consejera a quien le correspondió por reparto el asunto ordenó corregir la demanda a efectos de que los demandantes precisaran: **i)** el medio de control ejercido, así como los demás aspectos formales que debía contener la demanda y **ii)** que el ciudadano Ricardo Pérez González suscribiera la demanda a efectos de otorgarle la condición de actor.

Por auto del 8 de octubre de 2014¹⁰ la Sección Quinta admitió la demanda y ordenó notificar del trámite a los señores María del

Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco. También se ordenó la notificación personal de esa decisión al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Ministerio Público¹¹. La solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, se negó.

Durante el término de contestación los señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, en su condición de demandados acudieron en tiempo a manifestarse sobre el libelo interpuesto en contra del acto de elección, así:

5.2.1. María del Socorro Bustamante Ibarra

Concurrió por intermedio de apoderada judicial a contestar la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, basada en los siguientes argumentos de defensa:

- Refirió que el voto constituye un derecho que es propio de los sistemas democráticos, pues a través de éste se participa en la toma de decisiones y, en esa medida, el voto en blanco no tiene la virtualidad de anular una elección en la forma concebida por los demandantes, puesto que es necesario que constituya la mitad más uno de los votos válidos emitidos.
- Que el artículo 258 de la Constitución Política fue modificado por el Acto legislativo 01 de 2003 y luego, tal disposición se reformó por el artículo 9° del Acto legislativo 01 de 2009.
- Que la reforma constitucional de 2003 le otorgó al voto en blanco eficacia jurídica, en razón a que es deber de las autoridades repetir por una sola vez la votación para elegir los miembros de las corporaciones públicas o de cargos uninominales (alcaldes, gobernador o presidenciales) cuando los votos en blanco constituyan la **mayoría “absoluta” en relación con los votos válidos**, imponiéndose la obligación de presentar nuevas listas o candidatos.
- Que el acto legislativo de 2009 tan solo eliminó la palabra “absoluta”, situación que a su juicio impone repetir las elecciones solo **si el total de los votos en blanco constituyen la mayoría respecto de los votos válidos emitidos en la contienda electoral**.
- Al referirse al asunto bajo examen estableció que el **total de los votos válidos** fueron 243.495; mientras que los **votos en blanco**, constituyeron 77.572. Que la mitad de los votos válidos corresponden a 121.747, de lo que se infiere que el voto en blanco no representa la mayoría requerida. Ello descarta tal aplicación de los efectos del párrafo primero del artículo 258 Superior.

5.2.2. Moisés Orozco Vicuña

El accionado por intermedio de apoderado judicial dio respuesta a la demanda y solicitó que se negaran las pretensiones. Indicó

8 Folio 1141 C. 1C Expediente 2014 – 0089.

9 Folios 100-102 Expediente 2014 – 0094.

10 Folio 130-139 Expediente 2014 – 0094.

11 Folio 138 Expediente 2014 – 0094.

que según jurisprudencia de la Sección¹² es clara en señalar que para que el voto en blanco tenga efectos invalidantes debe superar la suma total de la lista, es decir que no se le debe considerar como un “*votante individual más sino que se enfrentaba al colectivo de votantes*”.

Estima que le corresponde a la Sección identificar cuál es el tipo de mayoría que exigía el acto legislativo N° 01 de 2003 y la reforma constitucional de 2009.

Al respecto refiere que mediante la sentencia C-490 de 2011 por la cual la Corte Constitucional ejerció el control previo de exequibilidad de la Ley 1475 de 2011, juzgó contraria a la Constitución Política la disposición que preceptuaba que por una sola vez debían repetirse las elecciones cuando el voto en blanco obtuvieren más votos que el candidato o lista que hubiere sacado la mayor votación.

Afirma que en la exposición de motivos del acto legislativo N° 01 de 2009 se consignaron algunos argumentos para eliminar la expresión “absoluta” que calificaba la mayoría necesaria que debe obtener el voto en blanco para invalidar una elección. Para ello transcribe la sentencia de esta Sección dictada en el expediente N° 2010 - 00029 del Parlamento Andino, período 2010-2014.

Soportado en lo dispuesto en tal providencia y en el estudio de la Corte concluyó que la interpretación que invocan los demandantes no ha tenido eco, razones que estimas suficientes para negar las pretensiones de la demanda.

5.2.3. Los terceros intervinientes

En este proceso acudió la siguiente persona en condición de **coadyuvante**:

5.2.3.1. José Fernando Tapia Acuña

Este ciudadano invocó la calidad de Director Nacional y representante legal de Centro de Reconocimiento Afrocolombiano - CENAFRO. Coadyuó las pretensiones de la demanda radicada bajo el N° 2014 - 0094 según escrito que obra a los folios 183 y siguientes del expediente y fue reconocido como tal, por auto del 19 de febrero de 2015¹³.

Alude a que la organización que representa optó por la incursión en política mediante el apoyo del voto en blanco como alternativa para conjurar de manera efectiva la participación del grupo étnico afrocolombiano que representa. Que no entiende como a pesar de la resistencia comunitaria en las urnas a los candidatos inscritos que devino en la obtención de 77.572 votos en blanco en dicha elección, no le fueron reconocidos los efectos invalidantes previstos en la norma.

5.3 De la acumulación de procesos

¹² Se refiere a la providencia del 9 de marzo de 2012 dictada en el proceso acumulado N° 11001-03-28-000-2010-00029-00, con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro.

¹³ Folio 1118 C. 1C Expediente 2014 – 0089.

Por auto del 2 de febrero de 2015¹⁴ se decretó la acumulación de los procesos de la referencia, basada en que en estos dos expedientes se discuten causales objetivas de nulidad del acto de elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.

5.4 audiencia inicial

Por auto del 19 de febrero de 2015, y luego de haberse surtido el sorteo del ponente que continuaría con el conocimiento del asunto y verificadas que las notificaciones ordenadas se realizaron, la conductora del trámite señaló día para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA.

En la fecha y hora fijadas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora se pronunció frente a: **i)** El saneamiento del trámite. Con tal fin se resolvieron las excepciones previas. En este caso, las que planteó la Registraduría Nacional del Estado Civil, y en tal sentido, se declaró probada la excepción de “*falta de legitimación en causa por pasiva*”, bajo la consideración que los cargos propuestos en la demanda no guardan ninguna relación con la actuación de esa entidad y su presencia no se hacía necesaria en el proceso; **ii)** Se pronunció respecto de las excepciones de mérito que formuló la apoderada de la demandada, señora María del Socorro Bustamante Ibarra, en el sentido de señalar que los argumentos expuestos constituyen en realidad argumentos de defensa **iii)** Se fijó el litigio en los términos antes planteados, y **iv)** Se decretaron las pruebas aportadas por los demandantes, la señora María del Socorro Bustamante Ibarra y uno de los coadyuvantes.

5.5. Audiencia de práctica de pruebas

En la audiencia inicial y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179 del CPACA y en observancia del principio de economía procesal, se prescindió de la práctica de esta audiencia en razón a que no existían pruebas por practicar.

5.6. Alegaciones por escrito

Por auto del 21 de abril de 2015, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión. También se informó que en igual término el Representante del Ministerio Público podía emitir su concepto. El apoderado judicial de los demandantes del expediente N° 2014 - 0089 ejerció recurso de reposición mediante escrito radicado el 21 de abril de 2015¹⁵ en contra de la decisión de ordenar rendir por escrito los alegatos de conclusión.

La Consejera conductora, previo traslado a la demás partes que realizó la Secretaria de la Sección decidió por auto del 11 de mayo de 2015, rechazar de plano por improcedente el recurso y dispuso que de manera inmediata se cumpliera la orden

¹⁴ Folio 1160 C. 1C Expediente 2014 – 0089.

¹⁵ Folios 1282 – 1283 Cuaderno 1C expediente 2014 – 0089.

dispuesta mediante providencia del 21 de abril de 2015.

Las partes y el Ministerio público se pronunciaron como sigue:

5.6.1. El apoderado del actor (expediente N° 2014 - 0089)

Mediante escrito visible a los folios 1348 y s.s. del expediente el demandante estima, que:

- Las iniciales circunstancias plasmadas en la demanda inicial han sido modificadas en razón al fallecimiento de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra, y que ello trae consecuencias al momento de la adjudicación de las curules.
- Dice que en relación con la asignación de curules debe aplicarse como precedente válido aquel que se consideró para resolver la demanda que se presentó contra la elección del Senado de la República, circunscripción especial de Indígenas.
- Soportado en la transcripción de la sentencia del 26 de febrero de 2015 en el proceso radicado bajo el N° 110010328000201400115-00 señala que el procedimiento contenido del artículo 263 de la C. P. es el aplicable para determinar la adjudicación de curules en la "jurisdicción de comunidades afrodescendientes". Señala que el CNE violó tal disposición en tanto que los dos movimientos que obtuvieron las mayores votaciones debieron ser tenidas en cuenta para la adjudicación de curules en aplicación del principio de discriminación positiva.
- Asimismo aduce que ante la muerte de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra el señor Moisés Orozco Vicuña "debe conservar la curul", pero la segunda debe entregarse al señor Heriberto Arrechea Banguera, actor de esta demanda.

5.6.2. Demandantes del Expediente N° 2014 - 0094

Su escrito lo limitan a la "victoria del voto en blanco" y para llegar a sus conclusiones finales aluden a los siguientes planteamientos:

- Dicen que el fallo C-490 de 2011 de la Corte Constitucional no invalida la Constitución Política, pues la manera en cómo se abordó por la Corte el estudio de la norma estatutaria fue "precaria" y el análisis fue general en tanto se circunscribió a la "inscripción de candidatos".
- Que esta Corporación no puede despachar el examen bajo la consideración que tal decisión constituye cosa juzgada, pues insisten, que lo que reclaman es la aplicación de la norma superior que no fue "declarada inexecutable" por la Corte Constitucional.
- Que el propio fallo que esta Sección dictó para resolver la censura planteada respecto del voto en blanco en las elecciones del Parlamento Andino reconoció que el análisis de la sentencia C-490 de 2011 no fue exhaustiva ni profunda con el tema.

- Que además la referida providencia del Consejo de Estado¹⁶ "confunde" la intervención del gobierno con la voluntad de los constituyentes, pues considera que aunque éste - el gobierno - al manifestarse cometiera un error frente a que la mayoría de que trataba la norma anterior al indicar que era la del "censo electoral" no se puede, bajo ningún pretexto, desconocer el querer de la reforma. Tampoco comparten que el trámite que se surtió lo fue con el exclusivo fin de eliminar la palabra "absoluta", pues ello caería en considerar que las modificaciones al mandato constitucional mediante dicho acto legislativo fueron únicamente de alcance "cosmético".
- Que también se contradice el fallo en cita al indicar que lo pretendido por la reforma no quedó reflejado en la redacción del texto, es decir, que expresamente no se determinaron los efectos de anulación porque se estimó que la mayoría requerida en nada se diferencia a lo antes previsto.
- Cuestionan el argumento relativo a que tal postura - la que reclaman - privilegiaría a una minoría. Que esa determinación desconoce que las listas derrotadas son sumadas para los efectos de oponerse al voto en blanco, pese a las diferentes y excluyentes tendencias que propugnan.

Por lo expuesto, solicita que se rectifique la posición doctrinaria frente al reconocimiento y validez del voto en blanco.

5.6.3. El demandado: Moisés Orozco Vicuña

Según escrito visible a los folios 1286 a 1327 del expediente, el propio elegido, presenta como alegatos finales las siguientes conclusiones, soportadas en los dos puntos que fueron objeto de fijación en el litigio, así:

- **Sistema de asignación de curules:** Refiere que la escogencia de las curules que aquí se discute está prevista en el inciso final del artículo 263 Superior y presenta diferencias sustanciales con la representación al Senado por la circunscripción indígena en tanto: *i)* el sistema es diferente y *ii)* solo se elige un escaño. Por este motivo esta elección tiene fijado un régimen especial, hecho reconocido por esta Corporación.

Insiste en que la referencia jurisprudencial que invocan los demandantes no atiende al caso específico del actor en tanto aquí ocurrió que la lista integrada por el señor Heriberto Arrechea Banguera no alcanzó el umbral del 30% establecido por la disposición en cita como necesario para la distribución de las curules.
- **Voto en blanco:** Considera que frente al este punto la Sección Quinta ya se pronunció. Que en esa decisión ya determinó que para considerar que el voto en blanco superó en votación debe entenderse la suma de los votos obtenidos por todos los participantes, pues no puede considerársele a esta opción, como un votante individual

¹⁶ Dictada el 12 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro, para resolver la demanda de nulidad electoral del Parlamento Andino, período 2010-2014.

Su apoderado judicial, también, radicó escrito de alegaciones que en esencia tienen idéntica orientación, según se aprecia a los folios 1336 a 1364 del expediente.

5.6.4. El Ministerio Público

El Procurador Delegado ante la Sección Quinta considera en su concepto que la pretensión de nulidad no está llamada a prosperar porque:

- Frente al sistema establecido para la adjudicación de las curules señala con extenso análisis y revisión paralela del inicial artículo 263 Superior que en este se verificaba un **sistema único**: cociente electoral sin umbral. En la actualidad, el establecido desde la reforma del año 2003, contempla **dos sistemas**: i) cifra repartidora y umbral; y ii) cociente electoral y umbral.
- Considera que entratándose de circunscripciones que eligen **solo** dos curules, como es el caso de la asignada a la comunidad afrodescendientes y que se encuentra sometida a un sistema propio según lo prevé la Ley 649 de 2001, ante reglamento especial en este aspecto, la adjudicación de escaños se encuentra sometida al régimen de haber superado el umbral de 30% y luego la asignación de curules por el sistema de cociente, según lo prevé el inciso final del artículo 263 Constitucional.
- En lo que respecta al voto en blanco refirió que de acuerdo con el antecedente de la Sala la pretensión no está llamada a prosperar por cuanto la alegación de nulidad se estructura en un argumento considerado como inconstitucional porque no fue la mayoría que estableció la constitución para tales efectos, en razón a que la opción del voto en blanco no puede considerarse como un candidato más en la contienda electoral.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3¹⁷ del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999¹⁸.

17 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

18 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

2. El acto acusado

Lo constituye la Resolución N° 2528 de 2014 en cuanto declaró la elección de los señores María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña como Representantes a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes, para el período constitucional 2014 - 2018¹⁹.

3. Cuestión previa

Los problemas jurídicos a resolver se subsumen en dos aspectos esenciales conforme fueron planteados en la audiencia inicial.

La demanda contempla censuras de carácter objetivo, en tanto no recaen sobre aspectos predicables de las condiciones de elegibilidad, incumplimiento de los requisitos para el ejercicio o desempeño del cargo o inhabilidades atribuibles a los accionados.

Así, el control de legalidad del acto de elección que se acusa, y a cuyo examen se referirá la Sala, impone un pronunciamiento previo respecto de los efectos que alega el apoderado de uno de los demandantes en relación con el fallecimiento de la elegida, señora María del Socorro Bustamante Ibarra (q. e. p. d.).

Obra en el expediente copia del registro civil de defunción de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra²⁰, una de las candidatas inscrita por FUNECO y respecto de quien recayó el acto de elección como candidata que encabezó la lista de FUNECO.

Debe advertirse, por ser de esencial y necesario conocimiento para lo que se pretende discutir, que mediante fallo de tutela del 9 de septiembre de 2014 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura los efectos del acto de elección se encuentran suspendidos porque el juez constitucional encontró que los elegidos no representan a la comunidad afrodescendiente, es decir, que, el amparo concedido radicó en aspectos relacionados con la falta de requisitos de quienes fungen como demandados.

Bajo la anterior precisión y por el examen a que fue sometido el acto de elección - causales objetivas -, es claro que el fallecimiento de la elegida no releva al juez electoral del análisis y estudio sobre la legalidad del acto acusado, pues el propósito de este medio de control no es otro que un estudio objetivo de legalidad que impone precisamente adoptar una decisión de fondo en relación con las censuras que son materia de las demandas acumuladas.

Y es que, bajo el entendido de que el medio de control de nulidad electoral es de naturaleza pública y que su propósito

19 Folio 51-81 del expediente N° 2014-0089 Cuaderno C1. Ha de registrarse que este acto administrativo para la fecha de esta decisión se encuentra suspendido por orden judicial adoptada por el juez de tutela en el expediente N° 1100110102000201401682-02, proferida el 26 de septiembre de 2014 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y fue además seleccionado por la Corte Constitucional para su revisión.

20 Folio 1231 expediente 2014 - 0089 Cuaderno 1C.

es obtener el restablecimiento de la legalidad y del orden jurídico, le está vedado al juez, tal como lo pretende el actor, señor Heriberto Arrechea Banguera –aunque no es claro en su pedimento– que se disponga ordenar su llamado a ocupar una curul de la circunscripción afrodescendientes, y en consecuencia cesar la actuación procesal por el fallecimiento de quien en este caso fungió como demandada, por cuanto en ella recayó la elección.

Así las cosas, la muerte de una de las partes no impone para la acción electoral abstenerse de adoptar una decisión de fondo que resuelva la pretensión de legalidad a que fue sometido el acto de elección. A diferencia de otras acciones, como la de pérdida de investidura, sí es causa procedente para la extinción de la acción, la inexistencia física de la persona²¹, pues es respecto de ella de quien recae la decisión²².

Es del caso resaltar, que sobre el particular esta Sección de tiempo atrás se pronunció en los siguientes términos:

*“Finalmente, en lo que tiene que ver con **la solicitud de terminación del proceso por fallecimiento del demandado**, presentada por el apoderado de éste luego de elaborado y registrado el proyecto de sentencia, **la Sala advierte que, de conformidad con el ordenamiento procesal, la situación de hecho planteada no constituye razón válida para acceder a la petición formulada, por no encontrarse configurada como causal de terminación anormal del proceso que resulte compatible con la naturaleza del que ahora se falla. En esta forma, esa solicitud será rechazada**”²³.*

Se concluye entonces, que en materia del contencioso electoral el desistimiento o terminación anticipada de la acción está proscrito en los términos del artículo 280 del CPACA. Tan solo opera aquella que se ha dado en denominar por la doctrina como desistimiento tácito²⁴, entendido como una forma de terminación del proceso, cuya consecuencia se genera por el abandono que sufre el trámite por parte del demandante quien tiene a su cargo alguna carga para cumplir las notificaciones ordenadas en el auto admisorio –literal g) numeral 1 del artículo 277 del CPACA–.

Así, por la naturaleza de la acción y ante la ausencia de reglamentación que en este proceso de naturaleza pública y especial, que disponga

que la muerte del elegido constituye una causa para la terminación del proceso, la petición se negará.

Tampoco los efectos que se pretenden derivan del fallecimiento de la señora Bustamante Ibarra, son procedentes. El razonamiento del solicitante es que debido a ello la curul la debe ocupar el candidato que sigue en la mayor votación obtenida por la lista del MIO; sin embargo, tal pedimento no tiene sustento normativo, toda vez que para los casos de vacancias absolutas es preciso verificar las formas de suplirlas y la competencia de quienes están obligados a tomar tal decisión y el trámite que deben adelantar.

En estos términos se niega la solicitud, como se anticipó.

4. De la decisión

Con el propósito de dar desarrollo coherente a los aspectos que se fijaron como problemas jurídicos a resolver en la fijación del litigio, la Sala pasará a examinarlos en el siguiente orden:

4.1. Del voto en blanco. Reformas. Mayorías requerida para declarar la anulación de una elección y sus consecuencias. Análisis del precedente jurisprudencial.

En el marco de las garantías constitucionales que la Carta Política de 1991 les reconoce a los ciudadanos en los términos del artículo 40 Superior, se encuentra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

En virtud a ello, pueden elegir a sus representantes y optar entre las opciones que se les presenten por una lista y candidato de los inscritos para una determinada elección con miras al ejercicio de un cargo de elección popular.

En caso de no ser de su preferencia ninguna de las listas inscritas el ciudadano elector, si así lo estima, puede registrar su voto en blanco, el cual se contabiliza y tiene efectos para el momento de asignar las curules. También, como se verá adelante, dependiendo de la votación obtenida, en los términos del artículo 258 Superior, puede constituir un mandato popular para la realización de nuevos comicios.

Ahora bien, el propósito de esta demanda que se estudia tiene como fin determinar cuál es la cantidad de votos que debe obtener la opción “en blanco” para asignar a la autoridad electoral la orden de repetir las elecciones. Para resolver este planteamiento, es preciso que la Sala examine la disposición constitucional que contempla tal efecto para determinar si les asiste razón a los demandantes en la censura que plantean, respecto de que es suficiente que la votación en blanco sea simplemente mayor a las demás, sin condicionamiento o parámetro diferente al de constituir la votación más alta de cara a la obtenida por las listas.

En esa medida, se verificara la norma constitucional desde su promulgación junto con sus 2 reformas tramitadas, así:

21 Esta consecuencia también se predica de las acciones personales, tales como la disciplinaria y la penal.

22 Como antecedente se puede consultar el auto del 30 de mayo de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01161-00(PI); 11001-03-15-000-2010-01324-00 (PI) Actor: William Felipe Castillo Domínguez y Otro. Demandado: Felipe Fabián Orozco Vivas. Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo.

23 Consejo de Estado - Sección Quinta. Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla. Sentencia del 5 de agosto de 2005. Radicación N° 150012331000200303045 01. Actor: Carlos Fosi6n Arlantt Mindiola. Expediente N° 3622. Acci6n Electoral.

24 En la sentencia C-1186-06 se define El desistimiento tácito como: “una forma anormal de terminaci6n del proceso, que se sigue como consecuencia jur6dica del incumplimiento de una carga procesal a cargo de la parte que promovió un trámite, y de la cual depende la continuaci6n del proceso, pero no la cumple en un determinado lapso, con la cual se busca sancionar no sólo la desidia sino también el abuso de los derechos procesales. No todo desistimiento tácito significa la terminaci6n del proceso, ya que la decisi6n judicial a tomar dependerá de la clase de trámite que esté pendiente de adelantarse”.

Constitución Política Texto original	Acto legislativo 01 de 2003	Acto legislativo 01 de 2009
<p>Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.</p>	<p>Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.</p> <p>Parágrafo 1°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.</p>	<p>Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos².</p> <p>Parágrafo 1°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.</p>

De acuerdo con el paralelo de las anteriores disposiciones se aprecia que fue a partir de la reforma introducida por el acto legislativo N° 01 de 2003 que la Constitución le otorgó a la votación en blanco efectos invalidantes respecto de los comicios celebrados.

Antes de dicha reforma y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 96 de 1985²⁵ y luego con la expedición del Código Electoral²⁶, el voto en blanco tenía únicamente valor para obtener el cociente electoral.

En la Ley 163 de 1994 el voto en blanco se define como “[...] *aquél que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla*

no podrá contabilizarse como voto en blanco”²⁷.

De esta manera, puede decirse que desde la reforma del año 2003 le fueron concedidos efectos político-electorales a la votación en blanco bajo especiales parámetros que el constituyente derivado consideró como necesarios para abstenerse de declarar la elección de los participantes en tales comicios y convocar a nuevas elecciones, cuandoquiera que los votos en blanco superaran por “*mayoría absoluta*”, a los demás que constituían la votación válida.

En ese momento el fundamento de la iniciativa de reforma constitucional presentada por un grupo de Congresistas²⁸, fue la de plantear una transformación política. En relación con el voto en blanco, la propuesta de articulado fue:

“Artículo 258. El voto en las elecciones presidenciales, a gobernaciones, alcaldías o de miembros de

25 Artículo 29. El artículo 107 de la Ley 28 de 1979 quedará así: “Voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco. El voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cociente electoral. El voto ilegible es voto nulo”.

26 “Artículo 137. Voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco. El voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cociente electoral. El voto ilegible es voto nulo.

27 Artículo 17.

28 Gaceta del Congreso N° 303 de 2002.

corporaciones públicas es un derecho y un deber ciudadano de obligatorio cumplimiento. El Estado velará porque se ejerza en forma secreta y sin ningún tipo de coacción. La ley determinará el mecanismo a través del cual los ciudadanos podrán ejercerlo.

Parágrafo 1°. Quien no ejerza el deber del voto no podrá ser elegido o designado como servidor público, como tampoco podrá ser beneficiario de subsidios de vivienda y educación superior, ni beneficiario de programas de reforma agraria o de exenciones tributarias o estímulos fiscales que decreten el Congreso Nacional, el Gobierno Nacional, el Gobierno Departamental o Municipal. La ley reglamentará las excepciones a la obligatoriedad del voto, así como el régimen de excusas para su no ejercicio.

Parágrafo 2°. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta de los votos válidos en el primer caso, o mayoría simple, en los casos restantes”.

Parágrafo 3°. Se implementará el voto electrónico biométrico para lograr agilidad y transparencia en las elecciones”²⁹.

Superadas las discusiones que llevaron a fijar la norma que finalmente se aprobó, es de resaltar que los debates principalmente giraron en torno a la intención de fijar el voto obligatorio, propuesta que fue improbadada y tan solo se mantuvo lo concerniente a la modificación de la norma constitucional en relación con los efectos electorales de la votación en blanco. Ahora bien, la reforma política de 2009 que fue de iniciativa del gobierno³⁰ y que resultó aprobada por el acto legislativo 01³¹, tuvo como fundamento frente al punto que nos interesa la siguiente justificación que fue expuesta ante el trámite en la Cámara de Representantes, el que se transcribe³²:

“f) Voto en blanco

Dentro de los avances del sistema democrático en Colombia, el voto en blanco ha tenido distintos momentos en su consolidación como una forma clara y representativa del disenso popular hacia las costumbres políticas, los candidatos propuestos, y las formas de gobierno. En esa medida, hemos visto cómo en la actualidad se admite constitucional y

legalmente su contabilización para todos los fines jurídicos de una elección. No obstante, requiere de una mayoría superior a la que se exigiría a cualquier candidato, pues para efectos de repetir una elección, este debe alcanzar una mayoría de la mitad más uno del total del Censo Electoral, cauterizando el inconformismo ciudadano frente a los despropósitos que estos adviertan del ejercicio del poder público, o del engaño percibido con causa en programas de gobierno incumplidos.

En coherencia con otros apartes de esta reforma, el Gobierno propone que al voto en blanco se exija una mayoría ‘simple’ para tener plenos efectos. Esta propuesta, sería un paso importante en la consolidación de la expresión de la voluntad popular, toda vez que se convertiría en una sanción ciudadana, clara y directa, contra las formas de corrupción, uso indebido del principio de representación, e inconformismo generalizado frente a las opciones que le presenten”.

Para el primer debate en el Senado de la República el presidente de la Comisión Primera informó que la iniciativa la radicó el señor Ministro del Interior y de Justicia el día 26 de agosto de 2008, ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes y fue repartida para su correspondiente trámite. Que luego del desarrollo de las discusiones allí surtidas³³ se presentó a consideración el articulado cuyo contenido en relación con el voto en blanco se mantuvo en idénticos términos al radicado ante la Cámara de Representantes³⁴.

Esta referencia histórica frente a las discusiones adelantadas en los trámites de las reformas constitucionales son relevantes para

³³ La Presidencia de la Comisión de la Cámara acumuló los Proyectos de Acto Legislativo números 101 de 2008 Cámara, 109 de 2008 Cámara, 128 de 2008 Cámara, 129 de 2008 Cámara y 140 de 2008 Cámara y se celebró audiencia pública en el recinto de la comisión el día 30 de septiembre, con la participación de los ciudadanos que se reseñan brevemente en el correspondiente capítulo.

El día 1° de octubre se radicó ponencia suscrita por los honorables Representantes: Gustavo Puentes, Heriberto Sanabria, Miguel Rangel, Carlos Motoa, Carlos Ávila, Tarquino Pacheco, Óscar Arboleda y Édgar Gómez. El día 3 del mismo mes, es radicada una ponencia alternativa por el honorable Representante David Luna S.

El debate es anunciado el día 1° de octubre para ser debatido, y finalmente aprobado el martes 7. Como ponente fue adicionado al grupo inicialmente designado el honorable Representante Roy Barreras.

Luego de ser debatido en varias sesiones de la Plenaria de la honorable Cámara de Representantes, el proyecto de acto legislativo fue aprobado, con algunas modificaciones al texto propuesto día 29 de octubre. El texto aprobado por la corporación es publicado en la Gaceta del Congreso número 768 de 2008.

Habiendo llegado el respectivo expediente a la Comisión Primera Constitucional del honorable Senado, fueron designados como ponentes por la Mesa Directiva los Senadores: Armando Benedetti (Coordinador), José Darío Salazar (Coordinador); Elsa Gladis Cifuentes A., Samuel Arrieta, Jesús Ignacio García y Gustavo Petro.

Con el objeto de recoger las observaciones y recomendaciones de la ciudadanía sobre el mencionado proyecto de acto legislativo, la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional, fijó la fecha del 18 de noviembre para celebrar audiencia pública.

³⁴ Se puede consultar la gaceta 828 de 2002 del Congreso. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta_nivel_3

²⁹ Este articulado se encuentra en el pliego de modificaciones- para primer debate, en primera vuelta Cámara, al proyecto de acto legislativo N° 01 de 2002 Senado, 136 de 2002 Cámara.

³⁰ La iniciativa fue presentada por intermedio del Ministro del Interior y de Justicia y así se puede consultar en la página web del Senado en el siguiente link: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/antecedentes-deacto-legislativo?id=279:acto-legislativo-1-del-2009>.

³¹ Publicada en la gaceta 682 de 2009 http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

³² El Proyecto de acto legislativo fue el 106 de 2008 Cámara.

determinar las condiciones y circunstancias que las motivaron, para así establecer cuál fue el sentido que se pretendió con cada una de ellas, de cara a producir los efectos conferidos.

Además, por cuanto la discusión se centra en establecer cuál es la clase de mayoría que debe predicarse de los votos requeridos para el éxito del “voto en blanco” frente a las listas de candidatos, previa determinación de cuál es el entendimiento que debe dársele a la calificación de “mayoría” luego de haberse suprimido la condición de “absoluta” que establecía la reforma prevista por el acto legislativo 01 de 2003.

Para avanzar en resolver sobre estos condicionamientos la Sala se pronuncia de la siguiente manera:

Aunque se eliminó el término absoluta, la mayoría se predica sobre los votos válidos, soportada en la redacción del texto constitucional que no admite interpretación diferente sobre el particular.

Así, el mayor número de votos³⁵, se obtiene de cara a la votación total de las listas inscritas, pues todos estos resultados constituyen el componente establecido como parámetro para obtenerla: “votación válida”.

En efecto, el concepto de “mayoría” para los efectos invalidantes del voto en blanco se predica respecto de la **votación total obtenida por las listas**. Ello por cuanto los **votos válidos** los constituyen el resultado de sumar: el total de votos por candidatos y la votación en blanco.

Entonces, solo en la medida en que el voto en blanco supere en mayor número de votos al total de los votos de las listas, se puede concluir que es necesaria la realización de nuevos comicios al tenor de lo estatuido en el parágrafo 1° del artículo 258 de la Constitución Política.

En este orden de ideas, debe quedar claro que el parámetro para determinar las mayorías es la **votación válida** que se

encuentra fijado así desde la reforma del Acto Legislativo 01 de 2003, pues no sufrió modificación alguna con la reforma política del 2009.

Debe aclarar en cuanto el argumento que la eliminación de la expresión “absoluta” que calificaba a la mayoría exigida por el acto legislativo 01 de 2003, no implicó como lo consideran los accionantes que la victoria del voto en blanco se constata con el hecho de que numéricamente se supere en votos a **una de la lista**, pues la reforma no alteró el parámetro que determina la mayoría requerida. La operación matemática que se debe aplicar debe tener en cuenta la totalidad de los sufragios depositados en favor de todas las listas pues son votación válida y no simplemente los votos respecto de una de las listas consideradas individualmente o de aquella que resultó la más votada.

Tal explicación descarta el sentido que los accionantes quieren asignarle a la norma superior con efectos anulatorios. Además, la función que adelantó el Congreso como constituyente derivado para la reformar la Constitución no contempló como discusión, el considerar otro parámetro, como el que plantean los accionantes, esto es la lista más votada.

Este planteamiento no se fijó ni como sustento de la iniciativa presentada por el gobierno ni en los debates que se llevaron a cabo en las comisiones y en las plenarias de Cámara y Senado, luego tampoco es posible darle este entendimiento que los accionantes derivan simplemente por el hecho de la eliminación del calificativo “absoluta”, se insiste.

Así las cosas, se concluye que en la medida en que la votación depositada en favor del voto en blanco constituya el mayor número de votos en relación con la totalidad de aquellos registrados a las listas inscritas que participaron en la elección, es procedente derivar efectos invalidantes de tal situación lo que impone la realización de nuevos comicios.

- En similares términos e idénticos efectos se pronunció la Sala en la sentencia del 9 de marzo de 2012³⁶. En esa oportunidad se dijo:

“[...] En ese sentido, para los demandantes, el parámetro al que se ha hecho referencia en esta providencia, en el caso del voto en blanco, lo constituye la lista o candidato que obtuvo el mayor número de votos. Por su parte, para la entidad demandada y los representantes electos, el parámetro está en el total de los votos válidos emitidos en la respectiva elección.

Es indiscutible que una u otra interpretación tiene

35 Según la Real Academia de la Lengua consulta realizada en la página web: <http://lema.rae.es/drae/?val=mayoria>, el concepto “mayoría” se define, así: “[...] mayoría.

1. f. Cualidad de mayor.

2. f. Edad que la ley fija para tener alguien pleno derecho de sí y de sus bienes.

3. f. Mayor número de votos conformes en una votación. Manuel tuvo seis votos de mayoría.

4. f. Parte mayor de las personas que componen una nación, ciudad o cuerpo. Seguir la opinión de la mayoría.

5. f. La mayor parte de un número o de una serie de cosas que se expresa.

6. f. Mar. Oficina del mayor general.

7. f. Mil. Oficina del sargento mayor.

~ absoluta.

1. f. La que consta de más de la mitad de los votos.

~ de cantidad.

1. f. Aquella en que se computan los votos en razón del interés respectivo que representa cada votante, como en las juntas de acreedores.

~ relativa.

1. f. La formada por el mayor número de votos, no con relación al total de estos, sino al número que obtiene cada una de las personas o cuestiones que se votan a la vez”.

36 Sentencia dictada en el proceso de nulidad electoral radicado bajo el N° 11001-03-28-000-2010-00029-00 Y 11001-03-28-000-2010-00034-00 Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada y Otros Demandado: Representantes por Colombia al Parlamento Andino 2010–2014. Consejero Ponente. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

efectos diferentes y trascendentales en una elección. Mientras para los defensores de la tesis del voto en blanco versus el candidato o lista de mayor votación, el parámetro de decisión es la comparación entre las mayores votaciones, para los segundos, ese parámetro lo debe constituir la votación del voto en blanco frente a la que obtuvieron las diversas opciones puestas a disposición del ciudadano. Optar por uno u otro parámetro genera efectos diversos:

En el primer caso, basta que el voto en blanco obtenga en la elección por lo menos un voto más que el candidato con mayor votación para que el proceso electoral deba repetirse, –mayoría relativa– con la consecuencia inmediata del castigo para todos los candidatos, cuando de elecciones unilaterales se trate, en la medida que no se pueden volver a presentar en la nueva elección. Tratándose de listas, se sanciona a aquellas que no hayan alcanzado el umbral.

Bajo la égida de la segunda interpretación, es necesario que el voto en blanco supere por lo menos en un voto la votación obtenida por todos los candidatos o listas en contienda –mayoría de los votos válidos–, para que se invalide la elección y proceda su repetición, con los efectos ya descritos en relación con los candidatos y listas. Es decir, el voto en blanco en esta hipótesis, no es un candidato más, es una manifestación del descontento del elector frente a todas las opciones puestas a su consideración y, en consecuencia, sólo puede tener efectos invalidantes cuando logra superar, así sea por un voto, la votación total de todos y cada uno los candidatos y no la de uno solo de ellos –el de la mayor votación–

La primera interpretación sobre la mayoría que requiere el voto en blanco para lograr la anulación de las elecciones no es de recibo, en opinión de la Sala [...].

El voto en blanco así entendido, le terminaría restando eficacia a la participación de una mayoría clara que, con su voto en favor de un candidato determinado, está validando los resultados de la contienda y no su anulación. Insiste la Sala, en que si la finalidad del voto en blanco es materializar el desacuerdo contra las distintas opciones que se le presentan al elector, no resulta proporcional al sistema democrático que nos rige ni a la eficacia del voto como un derecho y un deber, si el voto en blanco se considera como un candidato más y no como una opción que requiere de una determinada mayoría frente a la votación general –votos válidos– para tener los efectos anuladores que hoy le reconoce el ordenamiento constitucional, tal como se demostrará en el análisis del caso sometido a examen de esta Sala, en donde se presentaron 14

listas, las cuales recibieron un 79.2% de los votos válidos frente al 20.8% del voto en blanco”.

Así las cosas, se insiste que tal mayoría no la representa la mayor votación respecto de cada candidato o lista, puesto que el parámetro que se fijó fue el que la votación en blanco y respecto de los votos válidos debe constituir la mayoría.

Este razonamiento también se desprende del análisis que realizó la Corte Constitucional en el control previo al proyecto de ley estatutaria³⁷ que luego se convirtió en la Ley 1475 de 2011 “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, y que contrario a lo dicho por los demandantes constituye criterio de obligatoria observancia pese a lo puntual de su exposición. En relación con este aspecto determinó:

[...] 110. Como se aprecia, el objetivo de esta norma es el de regular los periodos de inscripción de candidatos a cargos uninominales y a corporaciones públicas de elección popular, [...] Reitera el postulado constitucional sobre el poder de incidencia del voto en blanco en la legitimidad de un proceso electoral, y la posibilidad de su repetición, **no obstante establece como criterio para el efecto un estándar distinto al previsto en el parágrafo del artículo 258 de la Constitución, aspecto que será analizado con posterioridad.**

La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que las materias que constituyen regulación de los procesos electorales están sometidas a reserva de ley estatutaria, no sólo en lo que tiene que ver con aspectos de contenido sustancial, sino también en lo relacionado con todos aquellos parámetros o presupuestos permanentes para el ejercicio adecuado del derecho de participación por parte de los ciudadanos. Ello incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, “como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o del registro de votantes, el diseño de las tarjetas electorales o los procedimientos de escrutinio”^[174]. [...]

En principio, tampoco ofrecería reparo de constitucionalidad la norma estatutaria (inciso 3°) que aparentemente replica el mandato constitucional (Par. 1° Art. 258) según el cual debe repetirse, por una sola vez, las votaciones que se realicen para elegir

37 El artículo 30 del proyecto de Ley estatutaria preveía en relación con el voto en blanco lo siguiente: “Periodos de inscripción. [...] Deberán repetirse por una sola vez las votaciones que se realicen para elegir alcaldes, gobernadores, Presidente de la República en primera vuelta o miembros de una Corporación Pública cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación”.

alcaldes, gobernadores, presidente de la república en primera vuelta o miembros de las corporaciones públicas cuando el voto en blanco adquiriera amplias proporciones. Esta norma reconoce en el voto en blanco la manifestación de una opción política que cuenta con protección constitucional, toda vez que materializa una forma de oposición política con capacidad de invalidar un certamen y exigir su repetición.

Sin embargo, tal como lo advierte uno de los intervinientes, la norma estatutaria contempla una regulación distinta sobre la mayoría requerida para que el voto en blanco tenga poder invalidante, a la establecida en el Acto Legislativo 1º de 2009. En efecto, el párrafo primero del artículo 258 de la Constitución modificado por el mencionado acto reformativo, ordena que deberá, repetirse por una sola vez, la votación para elegir miembros de corporaciones públicas, gobernadores, alcaldes o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, “cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría”. En tanto que el inciso tercero de la norma examinada dispone que la repetición de la elección para los mismos cargos deberá llevarse a cabo “cuando el voto en blanco obtenga más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación”. Es claro que se trata de estándares muy distintos para la cuantificación de la mayoría que debe obtener el voto en blanco con poder invalidante. Mientras que la norma constitucional impone una mayoría absoluta, el proyecto de ley estatutaria reduce el presupuesto a una minoría simple, en clara vulneración de la norma constitucional.

Hechas estas constataciones la Corte declarará la exequibilidad del artículo 30 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, con excepción del inciso tercero que se declarará inexecutable. Esta declaratoria no genera vacío normativo alguno, toda vez que el precepto excluido del orden jurídico replicaba, con el matiz ballado contrario a la Constitución, un aparte del mandato contenido en el párrafo 1º del artículo 258 de la Constitución, sobre la mayoría requeridas para conferir poder invalidante al voto en blanco³⁸.

Esta interpretación otorgada por la Corte Constitucional al inciso tercero del artículo 30 del proyecto de Ley Estatutaria determina la explicación que esta Sala adoptará frente a aquello que debe considerarse como “mayoría” de la votación en blanco respecto de la votación válida. Conclusión que impide que tal cálculo se haga de manera particular e individual frente a la votación registrada por las listas que se enfrentan en los comicios.

Y es que comparar apenas la votación en blanco con la que obtuvo la mayor votación o cualquiera de las demás listas inscritas desconocería un porcentaje importante de la votación que debe computarse con efectos de validez.

4.2. Del caso concreto

Con las anteriores precisiones y de acuerdo con lo registrado en la Resolución N° 2528 de 2014 y el formulario E-26 CA que hace parte integrante del acto acusado, se tiene que fueron los resultados obtenidos del consolidado nacional y definitivo del escrutinio de la votación a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes, los siguientes:

Total votos por candidatos	165923	Ciento sesenta y cinco mil novecientos veintitres
Total votos en blanco	77572	Setenta y siete mil quinientos setenta y dos
Total votos válidos	243495	Doscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos noventa y cinco

De la anterior información se constata que el mayor número de votos de la votación válida no la obtuvo el voto en blanco, hecho que impide que se tenga por probada la violación que se predica de la norma superior contenida en el párrafo 1º del artículo 258.

Nótese que la votación total obtenida por los candidatos supera con creces la que fue manifestada por la opción de la votación en blanco.

Se reitera que de ninguna manera y dadas las explicaciones que antecedieron, es posible asignarle poder invalidante al voto en blanco únicamente por superar esta opción a las listas individualmente consideradas, por cuanto se insiste, este

parámetro no es el que se encuentra fijado por el mandato constitucional.

En este orden de ideas, el cargo analizado no tiene vocación de prosperidad.

4.3. Circunscripción especial de afrodescendientes. Sistema electoral para la asignación de curules. Régimen aplicable.

Debe comenzar por decirse que frente a esta circunscripción especial la Sala tuvo la oportunidad en pronunciamiento anterior de señalar lo siguiente:

³⁸ Sentencia C-490 de 2011. Magistrado Ponente. Luis Eduardo Vargas Silva.

“La Carta Política reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7) y otorga espacios de participación concretos a las comunidades indígenas y afrodescendientes -además de los establecidos para los colombianos en general- como la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171), la circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes (art. 176), la obligación de que la conformación y delimitación de entidades territoriales indígenas se debe hacer con la participación de sus representantes (art. 329), la obligación de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten frente a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art. 330), y la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente (art. 6 Convenio 169 de la OIT “Sobre los pueblos indígenas y Tribales”).

Específicamente sobre las comunidades afrodescendientes, en la Asamblea Nacional Constituyente se advierte³⁹ la intención de los constituyentes de proteger los derechos de participación democrática de ese grupo étnico y darles prevalencia. Es así que en el debate sobre el artículo 176, inicialmente se planteó otorgarles una curul en el Congreso de la República, para lo cual se propuso establecer una circunscripción especial en la que se “elige un representante por las comunidades negras rurales del litoral pacífico”⁴⁰, idea que generó una extensa discusión sobre si los afrodescendientes que no habitan en el litoral pacífico también podían hacer parte de esto, frente a lo cual el constituyente Orlando Fals Borda argumentó:

“Cuando se estudió pues en la Comisión Segunda el problema de las comunidades negras, no se pensó en ninguna forma sobre la población en general, es decir, por ejemplo los barrios negros de Barranquilla o de Quibdó o de ninguna otra zona del país en especial, sino que se tuvieron en cuenta las necesidades de ciertas comunidades negras que están aisladas, que necesitan apoyo, necesitan estímulo para el desarrollo económico y social y que están circunstancias (Sic) a algunas regiones del país, no a todas. Cuando los compañeros de estas comunidades se hicieron presentes en las discusiones de la comisión trajeron mapas que demostraron que estas comunidades se encuentran concentradas en el litoral pacífico, y específicamente en ciertas cuencas hidrográficas especialmente en el río Atrato y el río San Juan; son comunidades ribereñas que cuyos poblamientos siguen el curso de los ríos. Estas son comunidades selváticas, aisladas, comunitarias, que han sido olvidadas por el país, muchas veces despreciadas por quienes explotan estos bosques y las minas cercanas; por lo tanto en la comisión pensamos que merecen, así como los indígenas, la atención nacional y el apoyo de esta asamblea. En ese sentido la circunscripción que se pide es exclusivamente para aquellas comunidades ribereñas del Litoral Pacífico

que son de la raza negra y que pueden establecerse donde están. Más aún, si se aprueba eventualmente la creación de la comisión de ordenamiento territorial, como es nuestra esperanza, en la comisión segunda, esta comisión estará en capacidad de fijar los límites exactos de estas comunidades”⁴¹.

Pero, no todos los constituyentes estaban de acuerdo con esta propuesta, y a su vez plantearon que fuera una ley especial la que regulara todos los aspectos que definieran la circunscripción de las comunidades negras⁴².

Finalmente después de un intenso debate se determinó que: “la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la cámara de representantes de los grupos étnicos, de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el extranjero, mediante esa circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”⁴³.

Es así como el texto del artículo 176 incluido en la Constitución Política de 1991 fue el siguiente:

ARTÍCULO 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.

Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil.

Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes.

En todo caso, en el artículo 55 transitorio⁴⁴ de la Constitución

39 Revisados los antecedentes (las transcripciones de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente) de los artículos 108, 176 de la Constitución política.

40 Ver folio 6 Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes artículo 176 al 178 – Sesión Plenaria Junio 11.

41 Ver folio 14 – 15 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 – Sesión Plenaria Junio 11.

42 Ver folio 18 asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 – Sesión Plenaria junio 30.

43 Ver folio 20 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 – Sesión Plenaria Junio 30.

44 Artículo Transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su

Política se incluyó la obligación para el legislador dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución, expidiera una ley que les reconociera a las comunidades negras que ocupaban tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, el derecho a la propiedad colectiva, y estableciera los mecanismos para la protección de la identidad cultural y derechos de estas comunidades, para el fomento de su desarrollo económico y social.

En virtud del artículo 55, se expidió la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” y además del reconocimiento de la propiedad colectiva de las Comunidades Negras, la protección de sus recursos naturales y el medio ambiente, de sus recursos mineros, el fomento de su desarrollo económico social, los mecanismos para la protección y desarrollo de sus derechos y de su identidad cultural, se creó en el Ministerio de Gobierno, la dirección de asuntos para las comunidades negras con asiento en el Consejo de Política económica y social”⁴⁵.

Posteriormente el Congreso de la República –después de varios intentos de reglamentar el artículo 176 de la Constitución Nacional⁴⁶– reguló el tema y expidió la Ley 649 del 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, en cuyos antecedentes se declara que el objeto de esta reforma, plasmado en la Constitución de 1991, tiene como fin otorgarle participación efectiva a las minorías étnicas y raciales, así:

“La incapacidad de las instituciones democráticas colombianas de representar efectivamente los

desarrollo económico y social.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

Artículo Transitorio 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

Artículo Transitorio 57. El Gobierno formará una comisión integrada por representantes del Gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, los movimientos políticos y sociales, los campesinos y los trabajadores informales, para que en un plazo de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, elabore una propuesta que desarrolle las normas sobre seguridad social.

Esta propuesta servirá de base al Gobierno para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia deberá presentar a consideración del Congreso.

⁴⁵ Artículo 67. Ministerio de Gobierno de la época, ahora Ministerio del Interior.

⁴⁶ Mediante el artículo 66 de la ley 70 de 1993 se intentó llevar a cabo este mandato constitucional: “De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional establécese la circunscripción especial para elegir dos miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes. El consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección”, pero esta norma fue declarada inexecutable mediante Sentencia No. C.484 del 26 de septiembre de 1996. En la legislatura 1996-1997 con el proyecto 177 se buscaba implementar el artículo 66 de la Ley 70 de 1993, sin embargo, este proyecto solo logro ponencia favorable en el primer debate. En la legislatura de 1997-1998 nuevamente se intentó reglamentar el artículo 176, pero este no fue respaldado en su trámite final.

intereses ciudadanos, condujo a la necesidad de convocar la Asamblea Nacional Constituyente. Fue por ello que la Constitución Política de 1991 introdujo reformas con el fin de propiciar cambios en la composición del Congreso de la República en su capacidad de representación, siendo la voluntad de la Asamblea el introducir circunscripciones especiales, con el fin de otorgarles mayor participación efectiva a las minorías políticas, religiosas, étnicas y raciales”⁴⁷.

También, se plantea como fundamento de la normativa, los argumentos esbozados en la aclaración de voto de la Sentencia C-484 de 1996⁴⁸ del Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en cual señala que la expedición de este tipo de normas que establecen distinciones, tienen como propósito contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad, son medidas de diferenciación positiva que colocan a grupos determinados en condiciones más ventajosas que rigen a la generalidad, para facilitarle su supervivencia o superar condiciones desfavorables, y textualmente se indicó:

“En el presente caso, constituía una razón objetiva para la expedición de normas que establecieran una desigualdad jurídica el propósito de lograr con ellas contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad. La búsqueda del alivio de las desigualdades fácticas justifica la existencia de medidas de diferenciación positiva, es decir de normas que coloquen a grupos determinados en condiciones más ventajosas que aquéllas que rigen para la generalidad de las personas, como forma de facilitarle a esos grupos bien sea su supervivencia como colectividad o bien superar las desfavorables condiciones (materiales o sociales) en las que se encuentran.

Entre esas medidas cabe mencionar las relacionadas con los asuntos electorales, como forma de garantizarle a conglomerados específicos condiciones para el acceso a las corporaciones de representación política, con lo cual se asegura a los grupos en cuestión la posibilidad de expresar y defender de mejor manera sus intereses. Si bien la instauración de los sistemas electorales proporcionales buscaba precisamente concederles a las minorías la posibilidad de obtener una adecuada representación política, los métodos proporcionales han resultado insuficientes para garantizar a diversas minorías esa representación, razón por la cual en algunos países

⁴⁷ Gaceta del Congreso. Año VIII- No. 536. Antecedentes Ley 649 del 2001 sesión viernes 10 de diciembre de 1999. Folio 1.

⁴⁸ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 de la Ley 70 de 1993. “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”.

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

Artículo 66: De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional, establécese la circunscripción especial para elegir dos (2) miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes.

El Consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección.

*se han generado otros procedimientos para posibilitar una representación política mínima*⁴⁹.

Así mismo, en el trámite de la Ley 649 de 2001 al interior del Congreso, surgió el debate sobre “(...) si una circunscripción especial podía ser entendida como una circunscripción nacional, o si debía utilizarse otro criterio, como la posibilidad de que los ciudadanos votaran por la circunscripción normal o la de las minorías, siempre y cuando no se votara por las dos simultáneamente”⁵⁰ para finalmente concluir que se debía “adoptar la fórmula de igualar la circunscripción de minorías con la circunscripción nacional, para que los resultados de la votación permitan identificar las minorías políticas”⁵¹.

En el texto aprobado de la Ley 649 de 2001, se estableció en el artículo 1º, que la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, estaría conformada por cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una, (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

Luego de las reformas constitucionales de 2005⁵², el Acto Legislativo 01 de 2013, modificó nuevamente el artículo 176 de la Carta política, y en lo referente, específicamente, a la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras, únicamente cambió el término por **“afrodescendientes”**, así:

“Artículo 176. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2013. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.

Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000.

Para la elección de Representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán

cinco (5) representantes, distribuidos así: dos (2) por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas, y dos (2) por la circunscripción internacional. En esta última, solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior. (...)

De igual manera, el artículo 3º de la misma normativa⁵³, señaló como requisitos para quienes aspiren a ser candidatos y ser elegidos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Comunidades Negras, ser miembros de la comunidad y estar avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior”⁵⁴.

Estas anteriores precisiones para indicar que en efecto la circunscripción de comunidades afrodescendientes tiene una connotación especial dada su consagración y reconocimiento en la Constitución de 1991, que tuvo por propósito otorgarle representación en el Congreso de la República.

Ahora bien, corresponde resolver la censura de los accionantes que radica en cuestionar el método o sistema que el Consejo Nacional Electoral empleó para distribuir las curules entre las listas participantes al aducir que debió emplearse al igual que en la circunscripción especial de indígenas del Senado de la República el cociente electoral, por ser la circunscripción demandada, también de naturaleza especial y no estar sometida a la regla del artículo 263 Superior frente a la que es mandatorio cuando se eligen hasta dos miembros de las Corporaciones Públicas que las listas entre las que se distribuyan las curules superen el porcentaje del 30% del cociente.

En los términos del artículo 176 Constitucional la Cámara de Representantes se integra por personas elegidas por circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional. La circunscripción especial, dice la norma en comentario, se concibió para asegurar la participación de grupos étnicos y de minorías políticas.

En desarrollo de esta preceptiva superior la Ley 649 de 2001, determinó en el artículo 1º que la circunscripción especial tendría 5 curules, dos de ellas para la comunidad afrodescendiente. El artículo 3º establece que los candidatos de las Comunidades Negras **“deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior”**.

49 Aclaración de voto. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-484 de 1996. En antecedentes Ley 649 de 2001. Gaceta del Congreso año VIII- No. 536. Santa Fe de Bogotá, D.C. viernes 10 de diciembre de 1999.

50. Gaceta del Congreso año VIII- No. 536. Santa Fe de Bogotá, D.C. viernes 10 de diciembre de 1999. Ver folio 3. Antecedentes Ley 649 de 2001.

51 Ídem. folio 3 Antecedentes Ley 649 del 2001 sesión viernes 10 de diciembre de 1999.

52 En los Actos legislativos 2 y 3 de 2005, el artículo 176 sobre la Circunscripción especial de grupos étnicos y minorías políticas, se dispuso: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cuatro Representantes”

53 Artículo 3º. Candidatos de las comunidades negras. Quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

54 Sentencia del 11 de diciembre de 2014. Expediente: 11001032800020140005300 Demandante: Procuraduría General de la Nación. Demandado: José Rodolfo Pérez Suárez.

Por su parte, el artículo 10º indica que los Representantes por la circunscripción especial “*serán elegidos mediante el sistema que en el momento sirva de escogencia a los congresistas*”.

El artículo 263 Superior, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 2009, prevé el sistema de elección para congresistas, que establece para las circunscripciones que eligen dos (2) curules el siguiente régimen:

*“Las listas para Corporaciones en las circunscripciones en la que se eligen hasta dos (2) miembros para la correspondiente Corporación, podrán estar integradas hasta por tres (3) candidatos. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria. **En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cociente**”.*
(Negritas y subrayas fuera de texto).

Es de resaltarse que las reformas políticas adoptadas mediante los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 acogieron como sistema dominante para la asignación de curules en las corporaciones públicas de elección popular, el de la cifra repartidora, de todos modos conservó cierta referencia al sistema de cociente electoral para el reparto de escaños en las circunscripciones en que se eligen dos miembros, como es el caso de los afrodescendientes.

Entonces, de acuerdo con el artículo 263 Superior la asignación de curules en la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendientes se surte bajo el sistema de cociente electoral, es decir, dividiendo la votación total válida sobre el número de puestos a suplir, pero con una condición particular consistente en que en la distribución de curules únicamente pueden participar aquellas “*listas que superen en votos el 30% de dicho cociente*”; es decir, que solo participan en la asignación de curules quienes sobrepasen dicho porcentaje.

De esta manera, es evidente que pese a compartir la naturaleza de ser circunscripciones especiales, la del Senado de la República para la comunidad indígena y la de comunidades afrodescendientes que aquí se acusa, lo cierto es que tienen regímenes diferentes por cuanto uno es el fijado especialmente para la comunidad indígena según lo prevé la Constitución y el otro, aquel que por elegir 2 curules se aplica por remisión al artículo 263 Superior. Este aspecto impone rechazar que se apliquen las decisiones que resolvieron lo correspondiente a la elección del Senador representante de la comunidad indígena, que de paso debe indicarse, tan solo elige a un (1) representante y lo es por la circunscripción nacional del Senado de la República.

De igual manera no hay lugar por esta razón a examinar lo dispuestos en las Resoluciones de los dos periodos que antecedieron a esta elección que se acusa, por cuanto no procede examinar la legalidad de aquellas con respecto a la

situación que actualmente acontece y a las alegaciones que sustentan esta demanda, puesto que el estudio que acontece en este contencioso electoral es respecto de las normas superiores en que el acto de elección debió fundarse, en apego del mandato superior contenido en el artículo 230.

4.4. Caso concreto

Según el formulario E-26 CA generado el 3 de julio de 2014 y diligenciado por el CNE en su condición de comisión escrutadora de las elecciones aquí cuestionadas (fls. 76 a 86), el total de votos válidos fue de 243.495, y el cociente electoral fue de 121.748 votos, y que el umbral fue de 36.524 votos. La Fundación Ebano de Colombia - Funeco fue el único movimiento político que superó el umbral pues conquistó 62.004 votos; ninguna otra organización política superó ese mínimo requerido, ni siquiera el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO que tan solo obtuvo 20.712 votos.

En este orden de ideas, se aprecia que la asignación de curules adoptada en la resolución 2528 de 2014 se hizo en cumplimiento de la normas superiores que sustentan la representación de esta comunidad y ello evidencia que la pretensión orientada a que se le asigne la segunda curul al Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO, carece de sustento por cuanto no superó el umbral fijado por el constituyente.

En este orden de ideas, se niega el planteamiento que fue objeto de examen.

4.5. Cuestión Final

Por último, esta Sala considera de importancia recordar que en razón a que el estudio de la presente demanda se sustentó en el examen de causales objetivas planteadas contra el acto de elección de afrodescendientes, no se dispondrá levantar la suspensión de los efectos del acto acusado, por cuanto esta decisión de fondo no resuelve las acusaciones que se elevaron en contra de los elegidos Representantes a la Cámara por la comunidad afrodescendientes en la acción de tutela que falló en segunda instancia el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Disciplinaria.

La anterior conclusión porque será en los procesos acumulados radicados bajo los N° 2014 - 0097 y 2014 - 0099, donde se defina las demandas acumuladas que se tramitan con independencia frente a la elección de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra y Moisés Orozco Vicuña, por causales de carácter subjetivo.

En todo caso y comoquiera que el fallo de tutela N° 110011102000201401682-02 se encuentra en revisión en la Corte Constitucional a cargo del Dr. Mauricio González Cuervo, expediente N° T-4.638.318, se dispondrá que esta sentencia se le comunique por la Secretaría de esta Sección y se remita copia de la misma para los efectos que a bien tenga.

Por 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,

FALLA:

PRIMERO. NEGAR la petición del apoderado de los demandantes en el proceso radicado interno N° 2014 - 0089, respecto de la cesación del trámite electoral y asignación de la curul al señor Heriberto Arrechea Banguera, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. NO LEVANTAR la suspensión de los efectos de la Resolución N° 2528 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendiente, período 2014 - 2018, por lo expuesto en esta decisión.

CUARTO. Por secretaría, comuníquese el contenido y envíesele copia de esta decisión al h. Magistrado de la Corte Constitucional, Dr. Mauricio González Cuervo ponente de la revisión de tutela identificada bajo el expediente N° T-4.638.318, para los efectos que a bien tenga.

QUINTO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Antonio Agustín Aljure Salame

Conjuez

(Ausente)

Gabriel de Vega Pinzón

Conjuez

PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS - Para tomar decisiones, escoger a sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas / PRINCIPIO DEMOCRÁTICO - Los candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos

De conformidad con el artículo 107 de la Constitución: “Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente”. Para la “toma de decisiones” o “la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas (...) de acuerdo con lo previsto en sus estatutos y en la ley”. Como se advierte, la norma Superior precisa con total claridad que las agrupaciones políticas deben organizarse democráticamente y ceñirse a lo consagrado en la Ley y en sus Estatutos. Es decir, que en la toma de sus decisiones y en la escogencia de sus candidatos no pueden actuar de forma arbitraria o dictatorial sino que por el contrario el ordenamiento jurídico propugna para que el principio democrático constituya un pilar de los partidos y movimientos políticos. En relación con el principio democrático la Corte Constitucional ha considerado: “El principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción. La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de primar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito”. A su turno, el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, norma estatutaria de los partidos y movimientos políticos, consagra: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos”. En consecuencia, los partidos y movimientos

políticos tienen en sus Estatutos, reglas que determinen los mecanismos participativos a su interior para la selección de sus candidatos. Tal mandato de rango constitucional se encuentra en la Carta Magna desde el Acto Legislativo 01 de 2003 y fue desarrollado por el legislador estatuario en la Ley 1475 de 2011.

Nota de Relatoría: Sentencia C-089 de 1994. Corte Constitucional.

Fuente formal: Constitución Política - artículo 107 / Acto Legislativo 01 de 2003 / Ley 1475 de 2011 - artículo 28

INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURAS - Mecanismos jurídicos para la inscripción de candidaturas a cargos de elección popular / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURAS - Ser avalado por un partido o movimiento político con personería jurídica / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURAS - A través de un grupo significativo de ciudadanos cumpliendo los requisitos que establece el legislador

De conformidad con el ordenamiento jurídico existen dos modalidades para que los ciudadanos aptos para ser elegidos a cargos de elección popular puedan inscribirse ante la autoridad electoral competente: i) ser avalado por un partido o movimiento político con personería jurídica, o ii) a través de un grupo significativo de ciudadanos cumpliendo los requisitos que establece el legislador (recolección de apoyos de ciudadanos (firmas) y póliza de seriedad de la candidatura). Es importante precisar que uno es el proceso para el otorgamiento de los avales (partidos y movimientos políticos con personería jurídica) o el de la recolección de firmas (grupos significativos de ciudadanos), y otro, que es posterior a este, el de la inscripción de la candidatura ante la autoridad administrativa. Por lo tanto, no se pueden confundir ninguno de estos dos procesos pues si bien uno es indispensable para el otro, los primeros obedecen a trámites internos de las agrupaciones políticas y los segundos son propias de actuaciones entre estas y las autoridades electorales. Además de las citadas exigencias, todos los candidatos para poderse inscribir deben diligenciar el formulario E-6 y aportar la copia de su cédula de ciudadanía. Si la inscripción es para ser elegido Alcalde o Gobernador además deberá aportar el plan de gobierno.

AVAL - Legitimación para otorgarlo / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO A CARGO DE ELECCIÓN POPULAR - El único requisito constitucional es el otorgamiento del aval por quien tiene la facultad para ello

El artículo 108 de la Constitución Política establece que: “Los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue”.

Nota de Relatoría: Sentencia de 13 de agosto de 2009, Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957). C. P. Filemón Jiménez Ochoa, y sentencia de 9 de diciembre de 2013, Radicación número: 11001-03-21-000-2013-00037-00. C. P. Alberto Yepes Barreiro

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Representante a la Cámara por la circunscripción del departamento de La Guajira / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATO - Se hizo con observancia de lo dispuesto en la ley

Como se indicó el actor estima que el acto acusado, en cuanto a la elección como Representante a la Cámara del señor Antenor Durán Carrillo, es nulo porque: i) el demandado no fue escogido como candidato por medio de los procedimientos democráticos establecidos por AICO en sus Estatutos y que por tal motivo se infringieron las normas en que debía fundarse, y en razón a que ii) la inscripción del señor Durán C. no fue avalada por quien estaba legitimado para tal fin, es decir, según palabras del accionante no cumplía con los requisitos de elegibilidad. En relación con el primer reproche, la Sala precisa que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico (artículos 107 Superior y 28 de la Ley 1475 de 2011) se consagra que los partidos y movimientos políticos deben elegir sus candidatos mediante mecanismos democráticos y siguiendo los lineamientos que para tal fin se encuentran previamente establecidos en los estatutos de los mismos, también lo es, que en el sub examine, en especial a partir de la prueba documental decretada por la Consejera Ponente a petición del demandante, la cual obra a folios 401 y 402 del expediente, se evidencia que al doctor Antenor Durán Carrillo el Movimiento AICO lo avaló consultando a sus autoridades indígenas en ejercicio de su derecho consuetudinario y de conformidad con el artículo 94 de sus estatutos según los cuales se exige que previo al otorgamiento del mismo se realice dicha consulta. Por tal motivo esta censura no está llamada a prosperar. Ahora bien, en relación con el segundo cargo referente a que el aval, requisito indispensable para la inscripción de candidaturas por parte de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, no fue otorgado por quien estaba legitimado para tal fin, la Sala precisa que este reproche tampoco está llamado a prosperar porque según las pruebas que obran en el expediente, existe de un lado, certificación emitida por el Subsecretario General del CNE, que da cuenta que el día de la inscripción el señor Antonio Sosa Escobar era el Representante Legal del Movimiento Político AICO, y de otro, se observa copia de la Resolución No. 1284 de 20 de marzo de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral en la que se puede inferir que para el día de la inscripciones el Señor Sosa E. todavía ostentaba la representación de dicha agrupación política. Adicional a lo anterior, es de precisar que si bien es cierto que con posterioridad a la inscripción e incluso al día de las elecciones el CNE dejó sin efectos la Resolución No. 857 de 5 de marzo de 2013 que consignaba la elección de las directivas del movimiento político AICO así como, la representación legal del mismo, lo cierto es, que según el acervo probatorio no queda duda alguna que para el momento de la inscripción el señor Sosa E. era el Representante Legal de AICO,

por lo tanto, el aval al demandado fue otorgado por quien estaba constitucional y legalmente legitimado para tal fin. Es decir, solo cuando el acto administrativo quede en firme por haber agotado la etapa de los recursos pertinentes, es que la manifestación de la autoridad administrativa adquiere la eficacia necesaria para producir efectos jurídicos. En consecuencia, el que las directivas que eligieron al señor Sosa Escobar como Representante Legal perdieran tal calidad ante el CNE, no es un reproche que afecte la legalidad del acto de elección demandado pues como se ha indicado tal decisión administrativa solo quedó en firme con posterioridad al día de las elecciones. Como otro argumento adicional a los ya expuestos, la Sala advierte que de las pruebas que obran en el expediente se encuentra la certificación emitida por las directivas del movimiento AICO que corroboran que para la fecha del otorgamiento del aval al señor Durán Carrillo y de la correspondiente inscripción de este, el señor Sosa Escobar era Representante Legal de esa agrupación política. También es importante indicar que ninguna de las anteriores pruebas ni la certificación oficial ni la de las directivas de AICO fueron tachadas u objetadas, por lo tanto, tienen pleno valor probatorio. En consecuencia, comoquiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto electoral acusado, pues no se probaron ninguna de las censuras alegadas por el actor, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de Julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00029-00

Actor: Jesús Javier Parra Quiñones

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de La Guajira

Procede la Sala a decidir la demanda que presentó el señor Jesús Javier Parra Quiñones dirigida a obtener la nulidad de la elección del señor Antenor Durán Carrillo como Representante a la Cámara por la circunscripción del departamento de La Guajira para el período 2014-2018 contenida en el formulario E-26 CA proferido el 15 de marzo de 2014 por la Comisión Escrutadora del Consejo Nacional Electoral de ese departamento.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El demandante, en su propio nombre, y en ejercicio de la acción de nulidad electoral instaura esta demanda. Aduce que es inválida la elección como Representante a la Cámara del señor Antenor Durán Carrillo para el período 2014-2018, pues estima que esta vulnera los artículos 108 de la Constitución Política,

9° de la Ley 130 de 1994¹, 28 y 32 de la Ley 1475 de 2011² y 94 de los Estatutos del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO en razón a que: i) existió una infracción de las normas en que debía fundarse el acto de elección, y que ii) el demandado no cumplía con los requisitos elegibilidad.

2. Fijación del litigio

En la primera audiencia que se celebró el 12 de noviembre de 2014 se determinó que el litigio a resolver se circunscribe a lo siguiente:

“Establecer si como lo atribuye el demandante, el acto acusado es nulo porque:

i) El demandado no fue escogido como candidato mediante procedimientos democráticos como lo establecen los estatutos del movimiento indígena que lo avaló, cargo que fue estimado por el actor como “infracción de las normas en que debía fundarse” el acto de elección demandado. Alega que se transgredieron, en especial, los artículos 108 Superior 9, 28 y 32 de la Ley 1475 de 2011, 7 de la Ley 130 de 1994 y 94 de los Estatutos del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO.

ii) La inscripción fue realizada por quien no estaba legitimado para tal fin. Tal reproche fue denominado por el demandante como que “la elección del candidato no reunía requisitos de elegibilidad” pues no fue avalada por el representante legal de AICO debidamente inscrito ante el Consejo Nacional Electoral, ni el aval fue otorgado por la dirección de la política nacional del Movimiento ni previamente fue autorizada por la comunidad ni por las autoridades indígenas de la circunscripción territorial de La Guajira”.

Tal decisión fue notificada en estrados y quedó en firme por no haberse interpuesto ningún recurso.

3. Fundamentos fácticos

El demandante relacionó como hechos de la demanda de nulidad electoral y que a juicio de la Sala son relevantes para la decisión que corresponde adoptar, los siguientes:

- Que el 9 de diciembre de 2013 el señor Antonio Sosa Escobar invocando la calidad de Representante Legal (e) del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO inscribió la lista para Cámara de Representantes de la circunscripción departamental de La Guajira, la cual estaba conformada por los señores: Antenor Durán Carrillo (reglón

101), José Ángel Brito Gómez (reglón 102) y Jeffrey Alemán Vergara³ (reglón 103).

- Que para el día de la inscripción de la lista, el señor Sosa Escobar no tenía la representación legal de AICO en razón a que el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución No. 3208 de 14 de noviembre de 2013 dejó sin efectos la Resolución No. 857 de 2013 expedida por la misma autoridad y por medio de la cual se había registrado la Dirección Política que otorgó a este la representación de dicha agrupación política.
- Que la lista a la Cámara por el departamento de La Guajira inicialmente inscrita por el señor Sosa E. fue modificada el 16 de diciembre de 2013 por el señor Laudelino Bernier reemplazando a las personas de los reglones 102 y 103 antes citadas, por los señores José Octaviano Uñan Murgas y Jorge Luis Mejía Herrera, respectivamente.
- Que ninguno de los candidatos que integraron la lista, (los iniciales ni aquellos que ingresaron por la modificación), fueron escogidos mediante procedimientos democráticos establecidos en los Estatutos de AICO como lo exige el artículo 94 de los mismos.
- Que tales estatutos fueron registrados ante el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución No. 3122 del 17 de octubre de 2012, por lo tanto son de obligatoria observancia para todos los miembros de la agrupación política.
- Que la autoridad electoral ante la cual se realizó la inscripción de la citada lista de candidatos “no verificó el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la misma” puesto que pese a que no los cumplía “aceptó la solicitud suscribiendo el formulario de inscripción y de su modificación en la casilla correspondiente”.
- Que el 9 de marzo de 2014 se llevó a cabo la elección de Representantes a la Cámara por las diferentes circunscripciones entre ellas la territorial del departamento de La Guajira.
- Que el 15 de marzo de 2014 la Comisión Escrutadora Departamental de La Guajira declaró la elección del señor Antenor Durán Carrillo como Representante a la Cámara de ese departamento.

4. Concepto de la violación

El demandante lo fundamenta en dos censuras que denominó: i) infracción de las normas en que el acto de elección debía fundarse, y ii) elección de un candidato que no reunía requisitos de elegibilidad.

En relación con el primer reproche indicó que la prerrogativa

1 “Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”.

2 “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

3 El apoderado judicial del demandado en el escrito de contestación de la demanda aclara que el nombre correcto de este candidato es Jeffrey Jean Otto Alemán Vergara.

que establece el artículo 108 Superior⁴ para la inscripción de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica debe ser ejercida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011⁵.

Que a partir de esta última norma estatuaría las citadas agrupaciones políticas tienen el deber de seleccionar sus candidatos mediante procedimientos democráticos de conformidad con sus Estatutos los cuales son obligatorios a partir de lo consagrado en el artículo 7° de la Ley 130 de 1994⁶.

Sostuvo que con fundamento en el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011 corresponde a la autoridad electoral ante la cual se realiza la inscripción verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la misma. Y que en la inscripción del demandado no se verificó el cumplimiento del artículo 94 de los Estatutos de AICO que establece las exigencias para la escogencia de los candidatos.

Que con fundamento en las citadas normas se evidencia que la inscripción de candidatos a cargos de elección que provengan de un partido o movimiento político con personería jurídica debe reunir dos requisitos básicos: i) el aval emitido por los representantes legales, y ii) la selección mediante procedimientos democráticos conforme a los Estatutos del respectivo partido.

Que el artículo 94 de los Estatutos del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO establece que: *“Los avales del Movimiento serán otorgados por la Dirección Política Nacional a través de su Representante Legal o por quien él delegue (...) previa autorización de la comunidad y las Autoridades indígenas correspondientes”* pero que tal disposición no se cumplió.

Insistió en que también se desconocieron los artículos 108 Superior, 7 de la Ley 130 de 1994 y 9 y 28 de la Ley 1475 de 2011, normas en las que se debió fundar el acto acusado.

Frente a la segunda censura referente a que el demandado no reunía los requisitos de elegibilidad se limitó a indicar a que *“el desconocimiento de las normas en que debe fundarse la inscripción implica que la misma no cumple ese requisito de elegibilidad”* porque, reiteró, que: i) la lista por la cual

fue elegido el señor Durán Carrillo no fue avalada por el representante legal de AICO debidamente inscrito ante el CNE, ii) ni el aval fue otorgado por la Dirección Política Nacional del Movimiento previa autorización de la comunidad y de las autoridades indígenas, como perentoriamente lo exige el artículo 94 de los Estatutos de la agrupación política, en concordancia con el 108 Superior y 28 de la Ley 1475 de 2011.

Que tal circunstancia desconoce el principio democrático establecido para la selección e inscripción de la lista de AICO como lo señalan los estatutos de este movimiento político, lo que afecta la validez tanto del acto de inscripción como el de elección.

5. Trámite

5.1. Corrección y admisión de la demanda

Por auto de 25 de junio de 2014 se ordenó que se subsanara el libelo inicialmente presentado. El 21 de julio de ese mismo año se admitió la demanda y se realizaron las notificaciones que exige el artículo 277 del CPACA.

5.2. Contestaciones de la demanda

5.2.1. Registraduría Nacional del Estado Civil - RNEC

Dentro de la oportunidad legalmente establecida la apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil al contestar la demanda propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó que se le desvinculara del proceso de la referencia.

Indicó que la entidad que representa solo cumple, al momento de la inscripción de candidaturas, una función de verificar los requisitos formales exigidos para la misma.

Sostuvo que en lo que respecta a la inscripción y modificación de la lista por la cual fue elegido el demandado, los Delegados Departamentales de la Registraduría en La Guajira realizaron tal procedimiento administrativo bajo los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico y teniendo en cuenta que el aval provenía del Representante Legal (e) de AICO, lo cual fue acreditado a partir de la certificación expedida por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral en la que se constataba que mediante Resolución No. 3437 del 27 de noviembre de 2013 se registró al señor Antonio Sosa Escobar en dicho cargo de la citada agrupación política.

5.2.2. El demandado

El apoderado judicial del señor Antenor Durán Carrillo alegó como excepción previa una *“indebida acumulación de pretensiones”* porque el actor pretende con una causal subjetiva que se excluyan votos, lo cual está proscrito según lo establece el artículo 281 del CPACA.

⁴ Tal norma constitucional en lo pertinente establece: “(...) Los Partidos y Movimientos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue. (...)”.

⁵ El artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 dispone: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentren incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. (...)”.

⁶ El artículo 7° de la Ley 130 de 1994 consagra: “Obligatoriedad de los Estatutos. La organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos se regirá por lo establecido en sus propios estatutos. (...)”.

Indicó que algunos hechos de la demanda eran ciertos, pero que no obedecen a la verdad los referentes a que: i) el demandado no fue inscrito por el Representante Legal de AICO, y ii) que la Registraduría no verificó la existencia del aval ni la manifestación bajo juramento de los candidatos inscritos de no encontrarse en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

En relación con las pretensiones de la demanda, se opuso a las mismas por ausencia de fundamento legal y porque los cargos elevados son insuficientes.

Alegó como excepción de mérito la *“legalidad del acto administrativo de elección, derivada del hecho de que para la inscripción de candidatos a cargos de elección popular el único requisito es el otorgamiento del aval por quien tenía la facultad para hacerlo en ese momento, como está probado en el expediente”*.

Que para los días 6 y 9 de diciembre de 2013 cuando se expidió el aval del demandado y su inscripción, respectivamente, el señor Antonio Sosa Escobar era el Representante Legal (e) del Movimiento AICO, conforme la designación efectuada por la Dirección Política Nacional de ese Movimiento a través de la Resolución No. 005 del 18 de noviembre 2013 y registrada ante el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución 3437 del 27 de noviembre de ese mismo año, como se puede corroborar con la certificación expedida por el Subsecretario del CNE expedida el 12 de agosto de 2014, según el cual el *“09 de diciembre del año 2013 la Representación Legal la ejercía el señor Antonio Sosa Escobar inscrito mediante Resolución No. 3437 del 27 noviembre de 2013”*.

Que si bien el CNE mediante la Resolución 3208 del 14 de noviembre de 2013 dejó sin efectos la 857 de 5 de marzo de 2013 que había reconocido la Dirección Política del Movimiento AICO, en la que se había elegido como Representante Legal (e) al señor Sosa E., tal decisión administrativa solo cobró firmeza el 20 de marzo de 2014 con la Resolución 1285 porque entre ese interregno (14 de noviembre de 2013 y 20 de marzo de 2014) estaba pendiente que la autoridad electoral resolviera recurso de reposición que instauró el señor Sosa, en su condición de representante del movimiento AICO, contra la citada decisión 3208.

Por lo tanto, tales decisiones del CNE no afectan el aval otorgado por quien para el momento de los hechos era el Representante Legal (e) del movimiento político por el cual fue elegido como Representante a la Cámara el señor Durán Carrillo.

Finalmente, sostuvo que la elección del demandado no se encuentra viciada pues el aval fue otorgado por quien tenía la facultad constitucional para hacerlo.

5.2.3. El Consejo Nacional Electoral - CNE

Pese a ser notificado no se pronunció.

5.2.4. De la solicitud del tercero impugnador

El señor José Manuel Abuchaibe Escobar solicitó que se le reconociera como tercero impugnador, petición que fue aceptada por auto de 27 de octubre de 2014.

En relación con la censura del actor referente a que la inscripción del demandado no fue realizada por el Representante Legal de AICO, sostuvo que para el 9 de diciembre de 2013, fecha en que se surtió tal actuación administrativa, el Señor Antonio Sosa Escobar ostentaba la representación del movimiento político como consta de la certificación expedida por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral Dr. Benjamín Ortiz Torres, documento que se anexa como prueba.

Que frente a esta censura existe temeridad por parte del demandante pues siendo abogado presenta, de mala fe, unos hechos de manera acomodada y con el propósito de causar confusión.

Indicó que el actor no presentó ninguna prueba del segundo cargo alegado, referente a que los candidatos de la lista por la cual fue elegido el demandado no atendieron el principio democrático que establece los Estatutos del AICO. Que por tal motivo, se debe presumir que existió un aval otorgado con plenitud de las exigencias legales y estatutarias.

Finalmente, solicitó que se rechacen todas las pretensiones del demandante.

6. De la audiencia inicial

Por auto del 27 de octubre de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas se dispuso señalar como fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA, el 12 de diciembre de 2014 a las 3:00 p.m.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora del proceso negó las excepciones de *“indebida acumulación de pretensiones”* y de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* planteadas por el demandado y por la Registraduría Nacional del Estado Civil, respectivamente.

En esta audiencia se precisó que la pretensión de nulidad invocada obliga al examen de constitucionalidad y de legalidad del formulario E-26 CA del 15 de marzo de 2014 emitidos por la Comisión Escrutadora del Consejo Nacional Electoral en el departamento de La Guajira en cuanto a la declaratoria de la elección del señor Antenor Durán Carrillo como Representante a la Cámara por ese departamento para el período 2014-2018, en coherencia con el problema jurídico a resolver consistente en definir si el acto acusado es nulo por los dos motivos que ya se expusieron en el acápite *“2. Fijación del litigio”* de esta providencia.

La Consejera Ponente ordenó tener en cuenta las pruebas aportadas por el demandante, el demandado, el impugnador

y la Registraduría Nacional del Estado Civil, y decretó unas pedidas por el accionante.

Todas las decisiones adoptadas en la audiencia inicial quedaron ejecutoriadas.

7. De las alegaciones de conclusión

7.1. Del apoderado del demandado

Sostuvo que el actor con la demanda ni con las pruebas que obran en el expediente logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado. Que por lo tanto no cumplió con la carga probatoria reglada en el artículo 177 del C. P. C. ni con el principio de justicia rogada que rige la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que exige que el accionante demuestre las censuras que pretenden hacer valer.

En relación con la censura consistente en que al demandado no se le otorgó el aval por parte del Representante Legal de AICO, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda para indicar que esta censura no está llamada a prosperar puesto que de las pruebas se evidencia que el señor Antonio Sosa Escobar sí ostentaba tal representación para el momento de los hechos.

Que frente al reproche que el demandado no reúne los requisitos de elegibilidad porque su escogencia no se cumplió con los mecanismos democráticos que establecen los Estatutos del movimiento político, indicó que tal afirmación es una mera apreciación del actor que no corresponde a las pruebas que obran en el expediente, puesto que por el contrario a lo manifestado, y en especial a partir de la prueba aportada por el movimiento político AICO, se evidencia que el aval de la lista por la cual resultó elegido el demandado se otorgó de conformidad con el artículo 94 de la normativa interna del mismo.

Finalmente, sostuvo que la Registraduría Nacional del Estado Civil sí verificó el cumplimiento de los requisitos que le exige el ordenamiento jurídico que son: i) el formulario E-6 CT, ii) el aval y iii) la fotocopia de la cédula de ciudadanía.

7.2. Del tercero impugnador

Reiteró que el actor no presentó ninguna prueba que fundamente que el demandado no fue escogido mediante procedimientos democráticos establecidos en los Estatutos del movimiento indígena que lo avaló. Que se atiende al resultado de la valoración de la prueba decretada por la Consejera Ponente, la cual obra a folios 401 y 402 del expediente.

Que en caso de haber existido alguna irregularidad en la inscripción del demandado, se debió acudir a la vía legal para impugnar la inscripción ante el Consejo Nacional Electoral.

También reiteró los argumentos que expuso en el memorial en el que pidió ser reconocido como "impugnador", en el

sentido que al demandado sí lo avaló el Representante Legal (e) de AICO, como consta en la certificación expedida por el Subsecretario General del CNE.

Que a partir de las pruebas que obran en el expediente se puede concluir que no se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

7.3. Del actor

Realizó una síntesis de los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda. Reiteró los argumentos expuestos en el libelo para alegar que se infringieron los artículos 108 de la Constitución, 7° de la Ley 130 de 1994, 9 de la Ley 1475 de 2011 y 94 de los Estatutos de AICO y que la inscripción del demandado no fue avalada por el representante legal de dicho movimiento político.

7.4. De la Registraduría Nacional del Estado Civil - RNEC

La apoderada judicial de la Entidad reiteró la solicitud de desvinculación del proceso en razón a la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva" porque no cumple con ninguno de los requisitos formales para intervenir como demandado.

Pese a lo anterior indicó que los Delegados departamentales en La Guajira de la Registraduría Nacional del Estado Civil respetaron los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico al inscribir y modificar la lista del movimiento político por el cual fue avalado el demandado. Y que en lo que respecta a la representación legal de esa agrupación, la misma fue constatada mediante certificación del Subsecretario General del CNE quien manifestó que mediante Resolución No. 3437 del 27 de noviembre de 2013 se registró al señor Antonio Sosa Escobar como Representante Legal (e) de AICO.

8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado sostuvo que la pretensión del actor dirigida a lograr que se declarara la nulidad del acto de elección del señor Antenor Durán Carrillo como Representante a la Cámara por el departamento de La Guajira no está llamada a prosperar pues ninguna de las dos censuras enerva la presunción de legalidad que ampara tal decisión administrativa.

Indicó, en relación con el reproche según el cual el acto acusado es nulo por "infracción de las normas en que debía fundarse", que "los estatutos de un partido político no tienen prevalencia frente a la Constitución ni a la Ley, y por ende, sus disposiciones no se aplican preferentemente frente a la normativa superior que fija el régimen de inhabilidades para los diputados", por consiguiente las normas dictadas por las propias organizaciones políticas no son vinculantes de manera general a todos los ciudadanos. Que tales consideraciones han

sido avaladas jurisprudencialmente por las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado.

Así las cosas, en criterio del Agente del Ministerio Público pese a que en el hipotético caso que se hubiesen desconocido los estatutos del movimiento político que avaló la elección del demandado, tal hecho “no sería constitutivo de nulidad de la elección”. Por tal motivo, sostuvo que dicho cargo no está llamado a prosperar.

Frente a la censura que la inscripción no fue realizada por quien estaba legitimado para tal fin conceptuó que “de acuerdo con el formulario E-6 CT, la inscripción como candidato a la Cámara Territorial - Departamento de La Guajira - del señor Antenor Durán Carrillo se efectuó el 9 de diciembre de 2013 a las 11:50 horas y para ese día según la certificación que obra a folio 216 del plenario, suscrita por el Sub-secretario del Consejo Nacional Electoral el representante legal del movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO lo era el señor Antonio Sosa Escobar a quien se le reconoció esa condición mediante la Resolución número 3437 del 27 de noviembre de 2013”. En consecuencia, tal reproche tampoco está llamado a prosperar.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala ratifica que es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3⁷ del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁸.

El acto acusado como ya se ha reiterado lo constituye el formulario E-26 CA del 15 de marzo de 2014 emitido por la Comisión Escrutadora del Consejo Nacional Electoral en el departamento de La Guajira en cuanto a la declaratoria de la elección del señor Antenor Durán Carrillo como Representante a la Cámara por ese departamento para el período 2014-2018, visible a folios 10 a 24 del expediente.

El problema jurídico a resolver, se insiste, consiste en determinar si el acto acusado está o no viciado en razón a que: “i) El demandado no fue escogido como candidato mediante procedimientos democráticos como lo establecen los estatutos del movimiento indígena que lo avaló, cargo que fue estimado por el actor como “infracción de las normas en que debía fundarse” el acto de elección demandado. Alega que se transgredieron, en especial, los artículos 108 Superior 9, 28 y

32 de la Ley 1475 de 2011, 7 de la Ley 130 de 1994 y 94 de los Estatutos del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - AICO.

ii) La inscripción fue realizada por quien no estaba legitimado para tal fin. Tal reproche fue denominado por el demandante como que “la elección del candidato no reunía requisitos de elegibilidad” pues no fue avalada por el representante legal de AICO debidamente inscrito ante el Consejo Nacional Electoral, ni el aval fue otorgado por la Dirección de la Política Nacional del movimiento ni previamente fue autorizada por la comunidad ni por las autoridades indígenas de la circunscripción territorial de La Guajira”.

La Sala comienza por precisar que no se hará ningún pronunciamiento frente a la reiteración de la apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el escrito de alegaciones, para que se le desvincule del proceso ante la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el asunto ya fue definido en la audiencia inicial, decisión que cobró ejecutoria.

1. El principio democrático en los partidos y movimientos políticos

De conformidad con el artículo 107 de la Constitución: “Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente”. Para la “toma de decisiones” o “la escogencia de sus candidatos propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas (...) de acuerdo con lo previsto en sus estatutos y en la ley”.

Como se advierte, la norma Superior precisa con total claridad que las agrupaciones políticas deben organizarse democráticamente y ceñirse a lo consagrado en la Ley y en sus Estatutos.

Es decir, que en la toma de sus decisiones y en la escogencia de sus candidatos no pueden actuar de forma arbitraria o dictatorial sino que por el contrario el ordenamiento jurídico propugna para que el principio democrático constituya un pilar de los partidos y movimientos políticos.

En relación con el principio democrático la Corte Constitucional⁹ ha considerado:

“El principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia

⁷ Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

⁸ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (Modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

⁹ Sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción. La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de primar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito”.

A su turno, el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011¹⁰, norma estatutaria de los partidos y movimientos políticos, consagra:

“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos”. (Negrillas fuera del texto original).

En consecuencia, los partidos y movimientos políticos tienen en sus Estatutos, reglas que determinen los mecanismos participativos a su interior para la selección de sus candidatos.

Tal mandato de rango constitucional se encuentra en la Carta Magna desde el Acto Legislativo 01 de 2003¹¹ y fue desarrollado por el legislador estatuario en la Ley 1475 de 2011¹².

2. De los mecanismos jurídicos para la inscripción de candidaturas a cargos de elección popular

De conformidad con el ordenamiento jurídico existen dos modalidades para que los ciudadanos aptos para ser elegidos a cargos de elección popular puedan inscribirse ante la autoridad electoral competente: i) ser avalado por un partido o movimiento político con personería jurídica, o ii) a través de un grupo significativo de ciudadanos cumpliendo los requisitos que establece el legislador (recolección de apoyos de ciudadanos (firmas) y póliza de seriedad de la candidatura).

Es importante precisar que uno es el proceso para el otorgamiento de los avales (partidos y movimientos políticos con personería jurídica) o el de la recolección de firmas (grupos significativos de ciudadanos),

¹⁰ “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”.

¹² “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

y otro, que es posterior a este, el de la inscripción de la candidatura ante la autoridad administrativa.

Por lo tanto, no se pueden confundir ninguno de estos dos procesos pues si bien uno es indispensable para el otro, los primeros obedecen a trámites internos de las agrupaciones políticas y los segundos son propias de actuaciones entre estas y las autoridades electorales.

Además de las citadas exigencias, todos los candidatos para poderse inscribir deben diligenciar el formulario E-6 y aportar la copia de su cédula de ciudadanía. Si la inscripción es para ser elegido Alcalde o Gobernador además deberá aportar el plan de gobierno.

3. De la legitimación para otorgar el aval

El artículo 108 de la Constitución Política establece que: “Los Partidos y Movimientos Políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción **deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue**”. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado frente a este particular ha considerado¹³:

“El responsable ante el electorado por la candidatura de uno de sus militantes es el partido o movimiento político, por lo cual es muy importante que el aval al respectivo candidato lo otorgue quien constitucional y legalmente está facultado para ello, es decir, el representante legal del partido o su delegado y no persona diferente, pues como organizaciones políticas tienen un deber para con el elector y una responsabilidad social. De suerte que si bien es cierto los partidos políticos son instituciones permanentes, de naturaleza privada, que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación (artículo 2º de la Ley 130 de 1994), no es menos cierto que la función que cumplen de inscribir candidatos a elecciones y de darles el correspondiente aval, es una función pública”.

Y en un reciente pronunciamiento esta Sección sostuvo¹⁴:

“Requisitos que deben acreditarse por el candidato de un partido o movimiento político para que su inscripción sea válida para un cargo de elección

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Filemón Jiménez Ochoa, sentencia de 13 de agosto de 2009, Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 9 de diciembre de 2013, Radicación número: 11001-03-21-000-2013-00037-00.

popular, unipersonal o de Corporaciones Públicas. El artículo 108 de la Constitución Política señala en su inciso tercero que “los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue”. Por otra parte, el artículo 93 del Código Electoral dispone que “en la solicitud de inscripción debe hacerse mención expresa del partido o movimiento político por el cual se inscribe una candidatura o lista de candidatos, y los inscriptores harán ante el respectivo funcionario electoral, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido o movimiento político. Para los candidatos tal juramento se entiende prestado por su firma en el memorial de aceptación de la candidatura”. Con la expedición de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, respecto de la inscripción de candidatos se ordenó lo siguiente: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad”. (...) De lo expuesto hasta el momento se puede concluir que: Existen requisitos sustanciales y requisitos formales que deben cumplirse para la inscripción de candidatos a elecciones populares para cargos unipersonales o para Corporaciones Públicas. Los requisitos sustanciales, los cuales corresponden a verificación de calidades y requisitos de los candidatos, así como la constatación sobre la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, es una carga que debe cumplir el partido, el movimiento político, el grupo social o el grupo significativo de ciudadanos que inscribe. El requisito formal que desde la Constitución Política (artículo 108) se impone para la inscripción de candidatos por partidos o movimientos políticos con personería jurídica es el aval, el cual debe ir suscrito por el respectivo representante legal del partido o movimiento político o por quien él delegue. Ahora es preciso determinar a quién corresponde la verificación de los requisitos formales, y si para el caso específico de candidatos a gobernación que se presentan por un partido o movimiento político con personería jurídica se exigen otros adicionales al aval. Para la inscripción de candidatos a gobernaciones, además del aval respectivo cuando la misma se lleva a cabo por un partido o movimiento político, se impone la presentación del programa de gobierno (Art. 259 C.P). Por tanto, y atendiendo lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011, es obligación de la Registraduría Nacional del Estado Civil la verificación de los requisitos formales al momento de la inscripción, y en caso de no materializarse, poner dicha situación en conocimiento del candidato, no pudiendo suscribir el formulario de inscripción hasta que ellos no se cumplan.

Se reitera pues que la inscripción de una candidatura a gobernador no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, pues dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato. Cosa diferente es que el formulario E-6 no lleve la firma del candidato avalado pues la ley si impone que éste suscriba el mencionado formulario ya que así, bajo la gravedad del juramento, expresa su voluntad de aceptar la candidatura a la cual ha sido postulado (artículo 93 del Código Electoral), ello considerando que la inscripción es un acto voluntario mediante el cual el candidato adquiere un compromiso político y jurídico con la sociedad. Entonces, el acto de inscripción es un acto de trámite o preparatorio que permite a un ciudadano participar en las elecciones para un respectivo cargo de elección popular, y viabiliza así la configuración del acto administrativo definitivo que corresponde al que declara la elección. Por tanto, la inscripción no puede ser atacada de forma directa ante esta jurisdicción, lo que no es óbice para que se expongan las irregularidades que en la misma se presentaron y que puedan afectar la legalidad de elección”.

Así las cosas, quien otorga el aval, requisito indispensable para la inscripción de los candidatos de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, es el representante legal de estos o quien él delegue.

4. De los requisitos internos en los partidos y movimientos políticos

El sistema político colombiano establece que los partidos y movimientos políticos gozan de autonomía para dictar sus normas internas siempre y cuando estas se sujeten a la Constitución y la Ley.

Tal compendio normativo se conoce como los Estatutos internos de cada agrupación política, los cuales deben ser registrados ante la autoridad competente, como lo es el Consejo Nacional Electoral.

El artículo 7° de la Ley 130 de 1994¹⁵, dispone:

“Obligatoriedad de los estatutos. La organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos se regirán por lo establecido en sus propios estatutos.

(...)”

A su vez, el artículo 4° de la Ley 1475 de 2011 establece el contenido mínimo que deben tener los Estatutos de las agrupaciones políticas, entre los que se encuentran: el régimen de pertenencia a las mismas y las reglas para la designación y

¹⁵ “Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”.

remoción de las autoridades de los partidos políticos.

En consecuencia, las disposiciones contenidas en los Estatutos de los partidos y movimientos políticos se convierten en normas de obligatorio cumplimiento para sus directivas y los militantes de los mismos, las cuales se deben ajustar al ordenamiento jurídico y deben contener unos mínimos establecidos por este.

5. De las pruebas relevantes que obran en el expediente

Conforme a las pruebas que obran en el expediente se tiene acreditado:

- Que el demandado, señor Antenor Durán Carrillo resultó elegido Representante a la Cámara por la circunscripción territorial de La Guajira para el período constitucional 2014-2018 con el aval del Movimiento Político AICO (fls. 10 a 25).
- Que el aval para la inscripción del señor Durán Carrillo, (la cual se realizó dentro de los términos del calendario electoral), fue otorgado el 6 de diciembre de 2013 por el señor Antonio Sosa Escobar como Representante Legal (e) de AICO (fls. 25 y 28).
- Que a partir de la certificación del 12 de agosto de 2014 suscrita por el Subsecretario General del Consejo Nacional Electoral, el señor Sosa Escobar a 9 de diciembre de 2013 ejercía la Representación Legal del movimiento político AICO, la cual se registró ante el CNE mediante Resolución 3437 de 27 de noviembre de 2013, todo lo anterior consta a folio 216.
- Que según los Estatutos del Movimiento, artículo 94, establece que: *“Los avales del Movimiento serán otorgados por la Dirección Política Nacional a través de su Representante Legal o por quien él delegue. Los aspirantes a cargos o corporaciones de elección que se postulen por AICO, deberán cumplir con los requisitos señalados en las disposiciones constitucionales y legales que exige el cargo al cual aspira (fls. 85 y 86).”*
- **PARÁGRAFO:** *Previa autorización de la comunidad y las Autoridades indígenas correspondiente o donde amerite el caso”* (fls. 85 y 86).
- Que según constancia emitida por el Presidente del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia - Regional Guajira y la Dirección Política Nacional por el pueblo Wayuu “AICO”, el señor Antenor Durán Carrillo solicitó el aval del movimiento AICO y se sometió a las reglas establecidas en los estatutos de dicha agrupación política. Que para tal fin *“se consultó con las diecisiete (17) Autoridades Tradicionales Wayuu registradas en el Consejo Nacional Electoral y como miembro activo del Movimiento de Autoridades*

Indígenas de Colombia - “AICO”- Regional Guajira. Según nuestra tradición Oral, estas solicitudes y discusiones se adoptan en ceremonia sin ninguna clase de escritura”.

- Que *“el aval que se le otorgó al doctor Antenor Durán Carrillo por parte de nuestro Movimiento [AICO] y como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de la Guajira se realizó de acuerdo con nuestro Derecho Consuetudinario y de acuerdo con lo indicado (sic) el artículo 94 de nuestros Estatutos”.* (fls. 401 y 402).
- Que por medio de la Resolución No. 1285 de 20 de marzo de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 3208 del 14 de noviembre de 2013¹⁶, visible a folios 217 a 240, el cual fue interpuesto por el señor Antonio Sosa Escobar en su calidad de Representante Legal del Movimiento AICO el 29 de enero de 2014, que valga precisar permite inferir cuándo quedó en firme la decisión administrativa que resolvió que la Asamblea del citado movimiento político y por la cual se eligieron las autoridades de los mismos así como, la representación legal quedaba sin efectos porque no cumplió con el quórum necesario.

6. De la decisión

Como se indicó el actor estima que el acto acusado, en cuanto a la elección como Representante a la Cámara del señor Antenor Durán Carrillo, es nulo porque: i) el demandado no fue escogido como candidato por medio de los procedimientos democráticos establecidos por AICO en sus Estatutos y que por tal motivo se infringieron las normas en que debía fundarse, y en razón a que ii) la inscripción del señor Durán C. no fue avalada por quien estaba legitimado para tal fin, es decir, según palabras del accionante no cumplía con los requisitos de elegibilidad.

En relación con el primer reproche, la Sala precisa que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico (artículos 107 Superior y 28 de la Ley 1475 de 2011) se consagra que los partidos y movimientos políticos deben elegir sus candidatos mediante mecanismos democráticos y siguiendo los lineamientos que para tal fin se encuentran previamente establecidos en los estatutos de los mismos, también lo es, que en el *sub examine*, en especial a partir de la prueba documental decretada por la Consejera Ponente a petición del demandante, la cual obra a folios 401 y 402 del expediente, se evidencia que al doctor Antenor Durán Carrillo el Movimiento AICO lo avaló consultando a sus autoridades indígenas en ejercicio de su derecho consuetudinario y de conformidad con el artículo 94 de sus estatutos según los cuales se exige que previo al otorgamiento del mismo se

¹⁶ “Por medio de la cual se decide sobre las solicitudes de impugnación contra decisiones y la designación de directivos del Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia acumuladas dentro del radicado 00285-13”.

realice dicha consulta. Por tal motivo esta censura no está llamada a prosperar.

Ahora bien, en relación con el segundo cargo referente a que el aval, requisito indispensable para la inscripción de candidaturas por parte de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, no fue otorgado por quien estaba legitimado para tal fin, la Sala precisa que este reproche tampoco está llamado a prosperar porque según las pruebas que obran en el expediente, existe de un lado, certificación emitida por el Subsecretario General del CNE, que da cuenta que el día de la inscripción el señor Antonio Sosa Escobar era el Representante Legal del Movimiento Político AICO, y de otro, se observa copia de la Resolución No. 1284 de 20 de marzo de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral en la que se puede inferir que para el día de la inscripciones el Señor Sosa E. todavía ostentaba la representación de dicha agrupación política.

Adicional a lo anterior, es de precisar que si bien es cierto que con posterioridad a la inscripción e incluso al día de las elecciones el CNE dejó sin efectos la Resolución No. 857 de 5 de marzo de 2013 que consignaba la elección de las directivas del movimiento político AICO así como, la representación legal del mismo, lo cierto es, que según el acervo probatorio no queda duda alguna que para el momento de la inscripción el señor Sosa E. era el Representante Legal de AICO, por lo tanto, el aval al demandado fue otorgado por quien estaba constitucional y legalmente legitimado para tal fin.

Por otro lado, el Tratadista Luis Enrique Berrocal¹⁷ al referirse a la eficacia y a la firmeza de los actos administrativos sostiene:

“La eficacia es la aptitud jurídica que adquiere el acto administrativo para legitimar toda actividad formal o práctica que se adelante para su cumplimiento, sea por parte de quien lo expidió o del interesado o beneficiado por él. Esa aptitud resulta de una serie de condiciones o supuestos inherentes y posteriores a su nacimiento, tales como la presunción de legalidad o legitimidad, la publicidad y la firmeza del mismo”.
(Negrillas fuera del texto original).

Es decir, solo cuando el acto administrativo quede en firme por haber agotado la etapa de los recursos pertinentes, es que la manifestación de la autoridad administrativa adquiere la eficacia necesaria para producir efectos jurídicos.

En consecuencia, el que las directivas que eligieron al señor Sosa Escobar como Representante Legal perdieran tal calidad ante el CNE, no es un reproche que afecte la legalidad del acto de elección demandado pues como se ha indicado tal decisión administrativa solo quedó en firme con posterioridad al día de las elecciones.

Como otro argumento adicional a los ya expuestos, la Sala advierte que de las pruebas que obran en el expediente se encuentra la certificación emitida por las directivas del movimiento AICO que corroboran que para la fecha del otorgamiento del aval al señor Durán Carillo y de la correspondiente inscripción de este, el señor Sosa Escobar era Representante Legal de esa agrupación política.

También es importante indicar que ninguna de las anteriores pruebas ni la certificación oficial ni la de las directivas de AICO fueron tachadas u objetadas, por lo tanto, tienen pleno valor probatorio.

En consecuencia, comoquiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto electoral acusado, pues no se probaron ninguna de las censuras alegadas por el actor, la Sala negará las pretensiones de la demanda.

Por 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,

FALLA:

PRIMERO. Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de estado

Antonio Agustín Aljure Salame

Conjuez

Bertha Lucía González Zúñiga

Conjuez

¹⁷ Berrocal G., Luis Enrique (2014): “Manual del Acto Administrativo”, p. 137, Ed. Librería de Ediciones del Profesional LTDA.

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA

- Por vínculo de matrimonio con funcionario que ejerza autoridad civil o política / INHABILIDAD POR VÍNCULO DE PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD
- Presupuestos para que se configure / NEPOTISMO

La Sala en reciente sentencia señaló que en busca de la prevención del fenómeno del nepotismo, de la creación de dinastías familiares en materia electoral, con la finalidad de evitar que el candidato se valiera de las prerrogativas de algún pariente con un cargo público, así como para salvaguardar el principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos, el Constituyente previó ciertas limitaciones al derecho a ser elegido. Para el efecto consagró: "Artículo 179. No podrán ser congresistas (...) 5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política". Del artículo en cita se desprende que tienen vedado el acceso a los cargos de elección popular, específicamente al de Senador y Representante a la Cámara aquellas personas que: Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público. Los parientes antes mencionados hayan ejercido autoridad civil o política. En efecto, se ha sostenido que "para que se estructure [la inhabilidad por familiares funcionarios públicos que hayan ejercido autoridad] no es suficiente que un candidato esté emparentado con cualquier servidor público. Se necesita, además, que el parentesco o vínculo exista en los grados y modalidades que dice la ley, que el familiar tenga la calidad de funcionario público, que desde su cargo ejerza autoridad en las modalidades que indique la ley para cada caso, que lo haga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...)". Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que quien pretenda solicitar la nulidad de un acto de elección con base en esta causal de inhabilidad, tendrá la carga probatoria de demostrar al menos cuatro elementos: i) el vínculo o el parentesco entre la persona elegida y el funcionario; ii) la calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente del ciudadano electo; iii) que las funciones del cargo conlleven el ejercicio de autoridad civil o política por parte del familiar de la persona elegida y iv) que tales funciones que implican el ejercicio de autoridad hayan sido ostentadas dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico al efecto.

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA

- Por vínculo de matrimonio con funcionario que ejerza autoridad civil o política / INHABILIDAD POR VÍNCULO DE MATRIMONIO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD
- Presupuestos para que se configure / REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Desempeño

como concejal de la esposa no configura inhabilidad por cuanto no son funcionarios públicos

De conformidad con la fijación del litigio contenido en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre debido a que según la demanda, infringió la prohibición que establece el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, pues, como se alega, la esposa del demandado el año anterior a su elección tuvo la condición de funcionario público al desempeñarse como concejal y Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo y celebrar contratos en tal dignidad. La prueba para acreditar el vínculo se aportó con la demanda, y corresponde al registro civil de matrimonio expedido el 27 de marzo de 2014 por la Registraduría de Sabanagrande (Atlántico) que da cuenta que el 24 de mayo de 1996 en la Parroquia Santa Rita Cascia de ese municipio, se celebró el matrimonio religioso entre Nicolás Daniel Guerrero Montaña y Karina Isabel Cabrera Donado, inscrito en esa Notaría el 4 de junio de 2004. Se demuestra así el primer elemento, de tipo objetivo, concerniente al vínculo por matrimonio del demandado con la persona respecto de la cual se aduce ejerció autoridad civil y política. En cuanto a la calidad de funcionario público del pariente. Atendiendo a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los concejales no son ni funcionarios ni empleados públicos. Concluir que cuando en la Constitución se dice funcionario es equivalente a servidor público, requiere ser analizado en cada caso concreto, puesto que generalizar sin ahondar en las circunstancias que rodean cada situación particular, resulta una conclusión precipitada, pues funcionario es sinónimo de empleado público, mas no de servidor público. En el caso de los Concejales, teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución Política, en la Ley y en los antecedentes jurisprudenciales: los concejales no son funcionarios, son una figura especial, miembros de una corporación político administrativa, elegidos popularmente, con funciones y competencias específicas y régimen especial de honorarios y seguridad social, puesto que no devengan salario, ni tienen las prerrogativas laborales de la generalidad de los "funcionarios", por lo tanto hacer tal equiparación de manera general, como lo pretende el demandante, tiene consecuencias no solo en el campo de las inhabilidades y causales de pérdida de investidura para los Congresistas, sino en todos los ámbitos. Entonces se evidencia que este elemento necesario para estructurar la causal de inhabilidad que se endilga al demandado, no concurre en el caso, razón más que suficiente para negar las pretensiones de la demanda. Así las cosas, se releva a la Sala de realizar el estudio tanto del ejercicio de la autoridad civil y política, como del factor temporal de la inhabilidad en el caso concreto, toda vez que la ausencia de alguno de los elementos configurativos de la inhabilidad alegada es razón suficiente para dar por no probada la misma y negar las pretensiones de la demanda, como así se dispondrá en esta sentencia. De lo expuesto la Sección concluye que no concurren todos los supuestos para

proceder a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró a Nicolás Daniel Guerrero Montaña como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período 2014-2018, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda advirtiendo a los sujetos procesales que contra esta sentencia no procede recurso alguno.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00042-00

Actor: Juan Luis Pérez Escobar

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Sucre

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia, en el que se pide la nulidad de la elección del demandado como Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Juan Luis Pérez Escobar presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, contra el acto de elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el Departamento de Sucre, período 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acta Parcial de Escrutinio que declara la elección de Representantes a la Cámara por Sucre, Formulario E-26CAM proferida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 16 de marzo de 2014, en especial la elección del candidato N° 101 del Partido de la U, señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y la cancelación de la correspondiente “credencial” que lo acredita como Representante a la Cámara elegido en las elecciones realizadas el día 9 de marzo de 2014, en razón de encontrarse incurso en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, conforme lo expuesto en la demanda.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, ordene al Presidente de la Cámara de Representantes a realizar el llamado de quien

corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 134 de la C. N., y 278 de la Ley 5ª de 1992” (fl. 1).

Con auto del 16 de mayo de 2014 se ordenó corregir la demanda para que se determinara en qué condición pidió que se vinculara al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, y concretara quién es el demandado.

Al respecto precisó lo siguiente:

“(…) sobre la Organización Electoral, compuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, se pretende que se entienda como tercero interesado en el proceso por ser quien expidió el acto, y por lo tanto su notificación no es como parte, sino para que conozca los resultados del proceso.

(…) debido a que la causal que se alega es subjetiva por consistir en que **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** fue elegido Congresista estando incurso en causal de inhabilidad, no se demandan todos los que en dicho acto resultaron electos, sino que se solicita la nulidad parcial del acto que declaró la elección, en lo concerniente a la elección del Representante a la Cámara por Sucre, señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO**” (fls. 217 y 218).

2. Hechos

Los fundamentos fácticos de las pretensiones de la demanda se pueden sintetizar así:

- Que el doctor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** está casado con la señora Karina Isabel Cabrera Donado.

- El 30 de octubre de 2011 la señora Karina Isabel Cabrera Donado fue elegida Concejala del municipio de Sincelejo para el período 2012-2015 y fungió como presidenta de esa Corporación entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2013.

- Como Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo la señora Karina Isabel ejerció funciones de ordenadora del gasto en la contratación, como superior de los empleados del Concejo y representó a la Corporación ante las demás autoridades. Como integrante de la Mesa Directiva del Concejo también tuvo funciones policivas y para definir situaciones laborales del Personero Municipal y demás concejales.

- El 30 de noviembre de 2013 la señora Cabrera Donado presentó renuncia al “*cargo de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo, renuncia que no le fue aceptada*”.

- A finales del año 2013 el demandado se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Sucre por el Partido de la U, para el período 2014-2018 -elecciones que se realizaron el 9 de marzo de 2014- y el 16 de marzo de 2016 se expidió el E-26 CA, declarando la elección

de los Representantes a la Cámara por Sucre, adjudicándole al Partido de la U una curul en cabeza del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** (fl. 2).

3. Normas violadas y el concepto de violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 179 numeral 5 de la Constitución Política.
- El artículo 275 numeral 5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En resumen, desarrolló el alcance de estas infracciones que le endilga al acto de elección, señalando que el doctor **GUERRERO MONTAÑO** estaba inhabilitado para ser elegido por cuanto su señora esposa ejerció autoridad civil y política durante el período inhabilitante del elegido.

Señaló que se estructuran los elementos de la inhabilitación, así:

- Vínculo inhabilitante: Conforme al Registro Civil de Matrimonio expedido por la Registraduría de Sabanagrande, **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y Karina Isabel Cabrera Donado contrajeron matrimonio el 24 de mayo de 1996.

- Ejercicio de autoridad civil o política por el familiar: La señora Karina Isabel Cabrera Donado en su condición de Concejal se cataloga como funcionaria, según lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-007 de 1996 y C-222 de 1999. Que la sentencia del 20 de marzo de 2001 del Consejo de Estado en la que se definió que los Concejales no son funcionarios, fue objeto de nueve (9) salvamentos de voto. Que entonces debe tenerse a la señora Cabrera Donado como funcionaria, quien además en su condición de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo ejerció autoridad civil y política y fue ordenadora del gasto, celebró contratos a nombre del Concejo y fungió como máxima autoridad del mismo, como se desprende de las funciones contenidas en los numerales 2, 8, 10, 18 y 19 del artículo 88 del Acuerdo 001 de 2007 por el cual se expidió el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Sincelejo.

Agregó que debe tomarse "*como indicio en contra el hecho de que la cónyuge del Representante cuya elección se demanda, hubiera presentado renuncia el 30 de noviembre de 2013 a la designación como Presidenta de la Corporación, toda vez que este tipo de actos evidencian el temor que les generaba la situación de ella frente a la elección del señor NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO*".

- Misma circunscripción territorial: Que también se cumple este requisito, porque en materia de elección de Representantes a la Cámara, la circunscripción por la cual son elegidos coincide con el territorio en el que se encuentra ubicado el Departamento, como también todos los municipios que la conforman, para el caso, Sincelejo respecto de Sucre.

- Tiempo o período inhabilitante: Que al respecto, la posición actual del Consejo de Estado, referida a que la inhabilitación se presenta si el día de las elecciones el familiar del elegido ejerce la autoridad, no consulta el espíritu de la norma, quedando en letra muerta, por lo que debe acogerse una interpretación que permita estructurar la inhabilitación si el familiar ejerció tal autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección (fls. 1 a 30).

4. Contestación de la demanda

A través de apoderado, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual se refirió a los hechos de ésta y analizó los presupuestos normativos que se exigen para que se configure la causal de inhabilitación que se le atribuyó.

Adujo que el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política señala que la autoridad civil y política debe ser ejercida por un "funcionario", condición que no tienen los concejales ni los presidentes de los Concejos Municipales, conforme con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Que además, los concejales no ejercen autoridad civil o política con influencia en las elecciones, pues no son funcionarios ni empleados públicos, sino miembros de corporaciones públicas de elección popular. Que el artículo 312 de la Constitución Política en forma expresa señala que los Concejales "*no tendrán la calidad de empleados públicos*".

Que el Presidente del Concejo Municipal tampoco ejerce ese tipo de autoridad. Que en el caso, las funciones señaladas en la demanda, contenidas en el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Sincelejo, no estructuran el elemento de autoridad, pues el Consejo de Estado, entre otras en sentencia del 18 de abril de 2013 (exp. 2011-00623-01) concluyó que el desempeño como tal y como miembro de la mesa directiva de esas corporaciones no le da la calidad de empleado público.

Que el demandante con su planteamiento pretende cambiar la Constitución Política, las leyes y la jurisprudencia, lo que constituye un "adefesio jurídico" porque contraría los postulados generales del Derecho, pues el artículo 189 de la Ley 136 de 1994 señala cuáles funcionarios del nivel territorial ejercen autoridad política, limitándola al alcalde, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo.

En cuanto a la circunscripción, alega que del penúltimo inciso del artículo 179 de la Constitución Política, para que la autoridad estructure la inhabilitación, debería ejercerse dentro de la circunscripción departamental, lo que no ocurriría en el caso, de aceptarse que la señora Karina Isabel ejerció algún tipo de autoridad, que sería del orden municipal.

Por último, que como la norma no señala el momento en el que se debe ejercer la autoridad, la jurisprudencia ha entendido que la misma debe ejercerse el día de las elecciones, para el caso el 9 de marzo de 2014, fecha para la cual la señora Karina

Isabel Cabrera Donado no ejercía como Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo.

Por otra parte, propuso como excepciones, la de *caducidad* de la acción, porque habiéndose declarado la elección el 16 de marzo de 2014, el término para demandar vencía el 6 de mayo de 2014, pero la demanda se presentó el 7 de mayo de 2014, esto es, cuando el término para ello estaba vencido.

Y la excepción que denominó *ausencia del hecho generador* que fundamenta la pretensión de nulidad, por lo expresado en la contestación de la demanda (fls. 243 a 260).

5.- Audiencia inicial y su trámite

Luego del traslado al demandante de las excepciones que propuso el demandado, quien se opuso a su prosperidad (fls. 262 a 265), se señaló el 25 de agosto de 2014 para llevar a cabo la audiencia inicial (fl. 269).

En esta fecha se inició la audiencia inicial, en la que se tuvo por saneado el proceso y se negaron las excepciones que propuso el demandado. La de caducidad la negó porque la misma se basó en la anotación que aparece en el software de gestión como fecha en que se radicó y se repartió la demanda (7 de mayo de 2014), pero de una lado no se acreditó que correspondiera a este proceso, y de todos modos la que debe tenerse en cuenta es la fecha de presentación de la demanda (6 de mayo de 2014).

Y la excepción “ausencia del hecho generador” porque en sentir del demandado en el caso no hay causa o razón suficiente que justifique la interposición de la demanda, teniendo en cuenta que la jurisprudencia, que es fuente primaria del derecho, ha reiterado que los concejales son servidores públicos, no se consideró como tal y por lo tanto el Despacho no se refirió a ella, teniendo en cuenta que corresponde a un ataque al fondo del asunto, que sería objeto de análisis en la sentencia.

El demandado interpuso recurso ordinario de súplica contra la decisión de declarar no probada la excepción de “ausencia del hecho generador” (fls. 278 a 283). En la misma audiencia se concedió el recurso, que fue resuelto por la Sala en auto del 3 de septiembre de 2014, confirmando la decisión (fls. 286 a 290).

El 20 de octubre de 2014 se reanudó la audiencia inicial, diligencia en la cual se fijó el litigio, se resolvió sobre pruebas y se ordenó que una vez se allegaran las documentales pedidas, se corriera traslado de las mismas a las partes (fls. 305 a 309).

6. Alegatos de conclusión

Del demandante

En escrito de 28 de noviembre de 2014, su apoderado señaló que no existe duda alguna sobre la existencia de los requisitos concernientes al vínculo de afinidad y la coincidencia de la

autoridad con la circunscripción por la cual resultó electo el demandado.

Que por su parte, se plantea una discusión sobre la concurrencia de los referidos al ejercicio de autoridad civil o política, y al momento en el que debe ejercerse esa autoridad.

Que es sobre estos dos aspectos que se pide que el Consejo de Estado se pronuncie, para darle efecto útil a la norma que consagra la inhabilidad, para que se acoja la tesis de que los concejales sí son funcionarios y ejercen autoridad civil o política tanto como concejales como presidentes de la Corporación; y que el período de la inhabilidad debe comprender los doce (12) meses anteriores a la elección que se demanda.

En consecuencia reitera que debe anularse la elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por Sucre (fls. 349 a 374 y 386).

Del demandado

Mediante memorial del 27 de noviembre de 2014 reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y agregó que el demandante no demostró la calidad de empleado público de la Concejal de Sincelejo Karina Isabel Cabrera Donado.

Aludió que en sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado, dictada en el proceso de pérdida de investidura 2013-01719-00, resolvió la solicitud edificada sobre similares supuestos fácticos a los del presente, en donde señaló que “*los diputados no se encuentran cobijados bajo la categoría jurídica de empleados públicos, sino en la de miembros de corporaciones públicas*”, reiterando de este modo jurisprudencia de la misma Corporación contenida en sentencias de 2 de julio de 2002 (rad. 2002-0001-01) y de 27 de agosto de 2002 (rad. 2001-01016-01).

En lo demás reiteró los argumentos contenidos en la contestación de la demanda, referidos a la ausencia del ejercicio de autoridad civil o política, a la no coincidencia de la circunscripción y a la inexistencia del hecho para el día de las elecciones (fls. 341 a 348 y 387 a 395).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que hizo los siguientes planteamientos:

- Que está demostrado el vínculo conyugal entre el demandado y la señora Karina Isabel Cabrera Donado.
- Que también se demostró que la señora Karina Isabel Cabrera Donado fue elegida Concejal del municipio de Sincelejo para el período 2012-2015, calidad que mantenía para el 30 de noviembre de 2014, fecha en que el Secretario General del citado Concejo lo certificó. Y que fue elegida

Presidenta del Concejo Municipal por el año 2013, dignidad a la que renunció el 30 de noviembre de 2013.

- El Consejo de Estado en algunas sentencias ha determinado que el término “funcionario” es equivalente al de “empleado”¹; mientras que en otras ha precisado que son diferentes². Que ante ello, esa Agencia del Ministerio Público solicita al Consejo de Estado volver a la postura inicial conforme a la cual el término funcionario es sinónimo de servidor público por cuanto a dichos términos corresponde cualquier persona que presta un servicio a una entidad pública y ejerce funciones que a éstas corresponden, independientemente de su vinculación, como lo hacen los miembros de corporaciones públicas (vr. gr. Concejales).
- Según sentencia del 15 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado, la autoridad civil puede expresarse a través de la toma de decisiones o su injerencia efectiva en ellas; y de la ejecución de las mismas (P.I. 2010-01055-00).
- Que algunas de las funciones y atribuciones asignadas a los Concejales en los artículos 313 de la Constitución Política y 32 de la Ley 136 de 1994 aluden al ejercicio de actos de poder y mando, y a actividades propias de la orientación de la organización pública, poder que se expresa sobre los ciudadanos, la comunidad en general y al interior de la organización estatal. Que sin embargo dicha autoridad la ejercen los Concejos Municipales o Distritales como cuerpo colegiado, por lo que no puede predicarse de cada uno de sus miembros, como así lo ha señalado el Consejo de Estado³.
- Que el Presidente de un Concejo Municipal, a diferencia de los Concejales, es el único que ejerce actividades de poder y mando directamente, pues sus funciones las cumple en nombre propio, por lo que debe replantearse la jurisprudencia en torno a este tema.
- El Delegado considera que también se presenta la coincidencia de circunscripción, pues la Presidenta del Concejo Municipal ejerció las funciones en el municipio capital que hace parte del Departamento.
- Que esa Agencia no comparte el criterio según el cual para que se presente la inhabilidad el ejercicio de autoridad debe darse el día de las elecciones; pues ello va en contravía del sentido útil de la norma atinente a impedir que los parientes de los funcionarios que ejercen autoridad civil o política dentro de la misma circunscripción se vean beneficiados con prerrogativas y ante el nepotismo se rompa el equilibrio o la igualdad entre los candidatos, pues *“las elecciones no se ganan el día de las votaciones sino que las ventajas y el desequilibrio se da en la respectiva campaña electoral, la cual en efecto se desarrolla con anterioridad”*. Propone acoger como término de la inhabilidad el de 6 meses antes

de las elecciones o, como mínimo, establecerlo a la fecha de inscripción de las candidaturas (3 meses antes de la elección).

Solicita entonces evaluar las posturas propuestas, así no se apliquen al caso concreto sino que quede como jurisprudencia anunciada (fls. 396 a 415).

7. Actuación posterior

Estando el proceso al Despacho para fallo, el apoderado del demandado recusó a la entonces Consejera Ponente (fls. 416 a 422), quien en escrito del 2 de febrero de 2015 rechazó la recusación (fls. 425 a 428), la que no fue aceptada por la Sala en auto del 12 de febrero de 2015 (fls. 430 a 434).

En memorial del 16 de febrero de 2015 el citado apoderado nuevamente presentó “solicitud de impedimento sobreviniente y recusación” contra la misma Consejera (fls. 443 a 447), quien en escrito del 18 de febrero de 2015 no la aceptó (fls. 458 a 460), la que previo auto de pruebas de 9 de abril de 2015, tampoco fue acogida por la Sala al negarla en auto del 7 de mayo de 2015 (fls. 488 a 494).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA⁴, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, periodo 2014-2018.

2. El acto acusado

Es el formulario E-26 CA del 16 de marzo de 2014 expedido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral que integraron la Comisión Escrutadora para el Departamento de Sucre, contenido de la elección de Representantes a la Cámara por esta circunscripción para el período 2014-2018, y en lo que atañe a la elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** (fls. 131 a 148 y 318).

3. Problema jurídico a resolver y forma de abordarlo

De conformidad con la fijación del litigio contenido en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante

1 Sección Quinta, sentencias del 6 de abril de 2006, exp. 2004-00439-01 y del 18 de abril de 2013, exp. 2011-00623-01.

2 Sala Plena, sentencia de 20 de marzo de 2001, exp. 12157.

3 Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2012, exp. 2011-00051-00.

4 “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”. (Subrayas fuera de texto).

a la Cámara por el Departamento de Sucre debido a que según la demanda, infringió la prohibición que establece el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, pues, como se alega, la esposa del demandado el año anterior a su elección tuvo la condición de funcionario público al desempeñarse como concejal y Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo y celebrar contratos en tal dignidad.

Para resolver lo que corresponda, la Sala deberá examinar: (i) si está acreditado el parentesco, la condición de concejal y de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo de la señora Karina Isabel Cabrera Donado; (ii) a qué alude la expresión “funcionarios” del numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política y qué alcance tiene frente a los miembros de las Corporaciones Públicas; y de ser necesario: (iii) la temporalidad de la situación fáctica que se endilga, es decir, si el hecho debió ocurrir el mismo día de la elección que se demanda o dentro de un término diferente y (iv) la correspondiente circunscripción.

Como parte del litigio está incorporada la postura del demandado, habida cuenta que según su criterio, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el miembro de Corporación Pública de elección popular como el Concejo Municipal, no es funcionario público sino servidor público, y que los Presidentes de estos Concejos actúan a título de concejales y no ejercen autoridad civil o política, y que para que se estructure la inhabilidad endilgada debe acreditarse que el pariente del Congresista demandado ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones.

4.- Estudio de fondo

4.1 La inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional

La Sala en reciente sentencia señaló que en busca de la prevención del fenómeno del nepotismo, de la creación de dinastías familiares en materia electoral, con la finalidad de evitar que el candidato se valiera de las prerrogativas de algún pariente con un cargo público, así como para salvaguardar el principio de imparcialidad y de igualdad en el acceso a los cargos públicos⁵, el Constituyente previó ciertas limitaciones al derecho a ser elegido. Para el efecto consagró:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas

(...)

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política”.

Del artículo en cita se desprende que tienen vedado el acceso a los cargos de elección popular, específicamente al de Senador y Representante a la Cámara aquellas personas que:

- a) Tengan vínculo de matrimonio o de unión permanente o tengan parentesco en los grados previstos en la norma con un funcionario público.
- b) Los parientes antes mencionados hayan ejercido autoridad civil o política.

En efecto, se ha sostenido que *“para que se estructure [la inhabilidad por familiares funcionarios públicos que hayan ejercido autoridad] no es suficiente que un candidato esté emparentado con cualquier servidor público. Se necesita, además, que el parentesco o vínculo exista en los grados y modalidades que dice la ley, que el familiar tenga la calidad de funcionario público, que desde su cargo ejerza autoridad en las modalidades que indique la ley para cada caso, que lo haga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...).”*⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que quien pretenda solicitar la nulidad de un acto de elección con base en esta causal de inhabilidad, tendrá la carga probatoria de demostrar al menos cuatro elementos: i) el vínculo o el parentesco entre la persona elegida y el funcionario; ii) la calidad de funcionario público del pariente, cónyuge o compañero permanente del ciudadano electo; iii) que las funciones del cargo conlleven el ejercicio de autoridad civil o política por parte del familiar de la persona elegida y iv) que tales funciones que implican el ejercicio de autoridad hayan sido ostentadas dentro del límite temporal establecido por el ordenamiento jurídico al efecto.

4.2 Caso concreto

Tal y como quedó descrito en el acápite de hechos de esta providencia, el accionante afirma que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido Congresista, toda vez que su esposa fungió como concejal y Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo (Sucre) 12 meses antes de la elección, entidad territorial en la cual la misma ejerció autoridad civil y política.

Previo al estudio que corresponda la Sala referirá las pruebas que se aportaron con el propósito de demostrar la causal endilgada al demandado.

Luego de ello, y con base en lo expuesto, en las pruebas y en la jurisprudencia, la Sala analizará si en el *sub judice* se encuentran probados los elementos de configuración de la inhabilidad alegada.

⁵ En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013, Radicado N° 17001-23-31-000-2011-00637-01 C. P.: Alberto Yepes Barreiro.

⁶ Calderin Osorio, Ana Carolina. Manual de Inhabilidades Electorales: Bogotá. Segunda Edición. Editorial Ibáñez, 2014, pág. 118.

4.2.1. Pruebas aportadas al proceso

En el expediente obra prueba documental, en la que consta que:

- El 24 de mayo de 1996 en la Parroquia Santa Rita Cascia de Sabanagrande se celebró el matrimonio religioso entre **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y Karina Isabel Cabrera Donado, acto inscrito en la Registraduría de Sabanagrande el 4 de junio de 2004 (fl. 31).
- Karina Isabel Cabrera Donado se desempeñó como concejal para el período 2012-2015; el 10 de diciembre de 2012 se le tomó juramento como Presidenta de la mesa directiva de esa Corporación para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2013, dignidad a la que presentó renuncia irrevocable el 30 de enero de 2013 (Certificación del Secretario General del Concejo Municipal, fls. 32 y 33 y acta 096 de la sesión del 10 de diciembre de 2012).
 - Karina Isabel Cabrera Donado, en su condición de Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo, suscribió los siguientes contratos y actos, que se organizan en orden cronológico:
 - Contrato de prestación de servicios profesionales N° CMS-PSP-01-2013 de 16 de enero de 2013, suscrito con David Eduardo Collante Vásquez y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 113 a 116).
 - Contrato de prestación de servicios profesionales N° CMS-PSP-02-2013 de 16 de enero de 2013, suscrito con Ingrid Yojanna Acosta Romero y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 65 a 67).
 - Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-002-2013 de 13 de febrero de 2013, enviada a “Provisiones y Servicios Integrales E.U y / o Eugenia Sepúlveda Sierra” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 60, 61 y 63, y 108 a 110).
 - Otrosí N° 1 de 15 de febrero de 2013 a la Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía CMS-001-2013, con Marjorie Montoya Baena como representante legal de la Librería y Papelería Moderna, y las respectivas solicitudes de disponibilidad presupuestal (fls 34 a 36 y 96-98).
 - Otrosí N° 2 a la Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-001-2013 de 15 de febrero de 2013, suscrito con enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 75, 76 y 79).
 - Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión N° CMS-PSP-03-2013 del 18 de febrero de 2013, suscrito con Raumar A. Suárez Milanés y la solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 85, 86 y 89).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-003-2013 de 19 de febrero de 2013, enviada a “Aires Beraka y / o Vilma Patricia Ballestas Mejía” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 55, 57 y 59, y 105 a 107).
- Oficio 081 de 20 de febrero de 2013 en el que le solicita al Comandante de Policía de Sucre apoyo de fuerza pública a las instalaciones del Concejo Municipal durante los días de sesiones (fl. 120).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-005-2013 de 8 de marzo de 2013, enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 70 a 72).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-004-2013 de 8 de marzo de 2013, enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 90 a 92 y 95).
- Oficio 112 de 8 de abril de 2013 en el que solicita al Alcalde Municipal que les informe a los Concejales cuál será la decisión sobre la póliza de salud para ellos (fl. 119).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-006-2013 de 12 de abril de 2013, enviada a “Sonido Electrónico S.A.SA.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 80, 81 y 84).
- Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión N° CMS-PSP-04-2013 del 19 de abril de 2013, suscrito con Néstor Manuel Chamorro Ospino, y la solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 44 a 47 y 49).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-007-2013 de 29 de abril de 2013, enviada a “Confecciones, metálicas y suministros KUCHYS” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 39 a 41).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-008-2013 de 24 de junio de 2013, enviada a “Computadores de la Costa Ltda.” y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 75, 76 y 79, y 100 a 102).
- Aceptación de la oferta invitación pública mínima cuantía N° CMS-009-2013 de 10 de julio de 2013, enviada a Lorena Paola Tous Rivera y solicitud de disponibilidad presupuestal (fls. 50 a 52 y 103 a 104).
- Respuestas de 30 de noviembre de 2013 a dos ciudadanos, en las que se les informa que las solicitudes relacionadas con la declaratoria pública de un inmueble y con la regulación de las máquinas de sonido que presentaron al Concejo Municipal fueron enviadas, por competencia, al Alcalde Municipal (fls. 111 y 112).
 - En el Acta 093 de la sesión del Concejo Municipal de Sincelejo del día 30 de noviembre de 2013, se leyó la renuncia de su

Presidenta, señora Karina Cabrera Donado, la cual por ser irrevocable no tuvo necesidad de ser votada. En esa misma sesión asumió como Presidente el Concejal Álvaro Díaz Bohórquez (fls. 121 a 130).

- Para el 9 de marzo de 2014 la señora Karina Isabel Cabrera Donado no se desempeñaba como Presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo (certificación del Presidente, fl. 337).

4.2.2.- La existencia del vínculo o parentesco

La prueba para acreditar el vínculo se aportó con la demanda, y corresponde al registro civil de matrimonio expedido el 27 de marzo de 2014 por la Registraduría de Sabanagrande (Atlántico) que da cuenta que el 24 de mayo de 1996 en la Parroquia Santa Rita Cascia de ese municipio, se celebró el matrimonio religioso entre **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** y Karina Isabel Cabrera Donado, inscrito en esa Notaría el 4 de junio de 2004 (fl. 31).

Se demuestra así el primer elemento, de tipo objetivo, concerniente al vínculo por matrimonio del demandado con la persona respecto de la cual se aduce ejerció autoridad civil y política.

4.2.3. La calidad de funcionario público del pariente

En la Constitución Política, tal como lo consagra el numeral 5º del artículo 179, se utiliza el término funcionario, naturaleza que el demandante pretende que se le reconozca a la señora esposa del demandado en su condición de concejal y presidenta del Concejo Municipal de Sincelejo.

Pero tal como ha sido expresado por la doctrina, el funcionario es sinónimo de empleado público (no de servidor público):

“aquel que desempeña funciones públicas subordinada, compatibles con diversos grados jerárquicos, empleado público es sinónimo de funcionario público”⁷.

El empleado público, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, es un servidor público, junto con los miembros de las corporaciones públicas y los trabajadores oficiales, y la ley 909 de 2004 lo define así:

“Quienes prestan servicios personales remunerados, **con vinculación legal y reglamentaria**, en los organismos y entidades de la Administración Pública, conforman la función pública” (artículo 1º) (negrilla fuera del texto original).

El empleado público está vinculado al Estado por un acto

unilateral de nombramiento o elección, por eso dicha vinculación es reglamentaria, y su diferencia con el trabajador oficial cuya vinculación es por contrato, es que en esta última existe la posibilidad de establecer las condiciones de prestación del servicio en el contrato.

Atendiendo a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado⁸ y de la Corte Constitucional⁹, los concejales no son ni funcionarios ni empleados públicos. Concluir que cuando en la Constitución se dice funcionario es equivalente a servidor público, requiere ser analizado en cada caso concreto, puesto que generalizar sin ahondar en las circunstancias que rodean cada situación particular, resulta una conclusión precipitada, pues funcionario es sinónimo de empleado público, mas no de servidor público.

En la sentencia C-315 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

“(…)

Los diputados y los **concejales**, en los términos de los artículos 299 y 312 de la C. P., **no son ni funcionarios ni empleados públicos**. De otro lado, con arreglo a las limitaciones que establezca “la ley”, tienen derecho a “honorarios” por su asistencia a las sesiones correspondientes” (se resaltó).

Y en la Sentencia C-043 de 2003 acotó:

“(…)

En cuanto a la naturaleza jurídica de la función que llevan a cabo los concejales (de Bogotá o de cualquier municipio), el Consejo de Estado indicó que se trata de la denominada “función pública de carácter administrativo”. Sobre si tal actividad era “trabajo”, en los términos del artículo 25 de la Constitución Política, y sobre la calidad en que se desempeñaba por parte de los concejales, el Consejo recordó que si bien, de conformidad con lo indicado por el artículo 123 de la Constitución Política, los concejales como todos los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos, no por ello pertenecen a las categorías de empleados públicos o trabajadores oficiales. Agregó que la actividad que realizan en ejercicio de las funciones públicas, como actividad humana que es, puede calificarse de trabajo, pero que éste no les confiere la calidad jurídica de “trabajadores”. En cuanto a si la actividad que desempeñan los concejales está comprendida dentro de la protección prevista en el artículo 53 de la Constitución, la Sala de consulta respondió al

⁷ Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, Tomo III, página 424, en Manual del buen empleado público. Lina maría Higuera Rivera. DIKE. Medellín. 2009. Pág. 19.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena Rad. 66001-23-31-000-2008-00120-01(PI). Demandado: José Geniver Corrales Galeano. M. P. María Claudia Rojas Lasso. 12 de marzo de 2009. Sección Quinta. Rad. 73001-23-31-000-2007-00703-01. Demandado: Concejal Municipio de Ibagué. M. P. Filemón Jiménez Ochoa. 4 de septiembre de 2008. Sección Quinta. 15001-23-31-000-2011-00623-01. M. P. Susana Buitrago Valencia. Demandado: Concejal de Tunja. 18 de abril de 2013.

⁹ Sentencias C-315 de 1999 y C-043 de 2003.

Ministro del Interior que el término “honorarios” que utiliza el artículo 312 de la Constitución Política al referirse a la remuneración de los concejales llevaba a entender que su actividad no estaba comprendida como objeto de los principios esenciales consignados en el artículo 53 de la misma Carta, que fija las bases del estatuto de trabajo. Añadió que los concejales están sujetos al estatuto especial que les es propio y al régimen de responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades que la misma Carta y la ley les señalan en su condición de servidores públicos”.

En el caso de los Concejales, teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución Política¹⁰, en la Ley y en los antecedentes jurisprudenciales: **los concejales no son funcionarios**, son una figura especial, miembros de una corporación político administrativa, elegidos popularmente, con funciones y competencias específicas y régimen especial de honorarios y seguridad social, puesto que no devengan salario, ni tienen las prerrogativas laborales de la generalidad de los “**funcionarios**”, por lo tanto hacer tal equiparación de manera general, como lo pretende el demandante, tiene consecuencias no solo en el campo de las inhabilidades y causales de pérdida de investidura para los Congresistas, sino en todos los ámbitos.

Este criterio fue reiterado recientemente, en sentencia del 26 de marzo de 2015, por esta Sección Quinta, al resolver demanda que se instauró contra la elección de un Congresista porque su padre ejerció como Concejal y como Presidente del Concejo Municipal incluso para el día de su elección. En esa oportunidad la Sala señaló que:

“(…)”

Bajo este panorama, es evidente que los concejales únicamente gozan, en los términos del artículo 123 constitucional, de la calidad de servidores públicos como categoría que engloba a los miembros de las corporaciones públicas, **pero en ningún momento ese carácter les asigna la calidad de “funcionarios públicos”**.

Asimismo, la Sala considera que del hecho de que en distintos apartes de la Constitución se acuñe la expresión “funcionario” no se desprende que dicha categoría sea equiparable a la de “servidor público” contenida en el artículo 123 Constitucional, debido a que la mención indistinta que realiza la Carta Política a los “funcionarios” no es argumento suficiente para entender que estos últimos son sinónimos a los servidores públicos¹¹ (resaltado fuera del texto original).

En consecuencia, atendiendo a las normas constitucionales que

¹⁰ El artículo 123 de la Carta que los Concejales son miembros de corporaciones públicas y a su vez servidores públicos.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, exp. 2014-00058-00, M. P.: Alberto Yepes Barreiro.

se dejaron citadas, especialmente el artículo 123 según el cual los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos (inciso primero), y el artículo 312 que señala que “Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”, y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre el tema, **no** resulta procedente una interpretación como la que pretende el demandante, atinente a que los concejales sí deben considerarse funcionarios públicos.

Primero porque tal como viene de advertirse, esta temática ha sido decantada de manera uniforme y pacífica por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y segundo, porque entratándose de inhabilidad, tema que implica una restricción al ejercicio del derecho a ser elegido, la interpretación debe ser restrictiva.

Ello obedece a que las inhabilidades implican una limitación a los derechos políticos y humanos consagrados tanto por normas internas como por los convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y cuya aprobación por Colombia la compromete a respetarlos por todas las autoridades públicas, incluidos los jueces en sus interpretaciones al momento de aplicar las normas que las contengan.

Hacer una lectura extensiva en materia de prohibiciones resulta abiertamente desproporcionado y atentatorio del principio de legalidad y de los derechos cuyo acceso y ejercicio se pretenden limitar por la norma constitucional, razón por la que no hay mérito para variar la jurisprudencia reiterada de la Corporación, en tanto la norma mantenga su postulado.

Entonces se evidencia que este elemento necesario para estructurar la causal de inhabilidad que se endilga al demandado, no concurre en el caso, razón más que suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, se releva a la Sala de realizar el estudio tanto del ejercicio de la autoridad civil y política, como del factor temporal de la inhabilidad en el caso concreto, toda vez que la ausencia de alguno de los elementos configurativos de la inhabilidad alegada es razón suficiente para dar por **no** probada la misma y negar las pretensiones de la demanda, como así se dispondrá en esta sentencia.

5.- Conclusión

De lo expuesto la Sección concluye que no concurren todos los supuestos para proceder a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 por medio del cual se declaró a **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período 2014-2018, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda advirtiendo a los

sujetos procesales que contra esta sentencia no procede recurso alguno.

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

FALLA:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por Juan Luís Pérez Escobar contra la elección del señor **NICOLÁS DANIEL GUERRERO MONTAÑO** como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre, período 2014-2018.

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

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta y consejera ponente (e)

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de estado

Carlos Eduardo Medellín Becerra

Conjuez ausente

Jaime Córdoba Triviño

Conjuez



4.1. NULIDAD ELECTORAL - AUTOS

PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Negada por cuanto no se encuentran los elementos necesarios para decretarla / UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA - Elección de rector

Revisado el contenido de la demanda y sus anexos, se advierte que esta se dirige a obtener la nulidad de la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), para el periodo 2015-2018 y que reúne los requisitos de oportunidad y forma señalados en el CPACA. En consecuencia, se admitirá y se le dará el trámite señalado en el artículo 277 del CPACA. En la demanda la actora solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 42 de 2014, argumentando que el Acuerdo N° 41 de 2014, mediante el cual se convocó a consulta a la comunidad universitaria de la UPTC con el fin de conformar el grupo de elegibles de los cuales se seleccionaría al rector de la universidad, se publicó un día después a aquel en que se inició la consulta a profesores y estudiantes, lo cual vulneró los derechos políticos a elegir y ser elegido y de acceso a los cargos públicos; así como los derechos al debido proceso y buena fe en las actuaciones administrativas, toda vez que esa circunstancia restringió la posibilidad de participación de toda la comunidad, toda vez que impidió que los candidatos iniciaran y finalizaran con normalidad sus campañas electorales y que se conocieran las alternativas ofrecidas por éstos. Según el 231 del CPACA la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. En el sub-examine la Sala considera que la medida cautelar pedida por la demandante no es susceptible de decretarse, toda vez que al expediente

no se aportó copia del Acuerdo N° 41 de 2014 ni prueba de la fecha en que éste fue publicado que permita determinar que, en efecto, como lo afirma la señora Castellanos Correcha, este se publicó con posterioridad a la fecha en que se inició la consulta a la comunidad universitaria de la UPTC. Demostrar la existencia del hecho que soporta la solicitud de suspensión provisional es una carga que, como se dijo con antelación, corresponde a quien pretenda se decrete la medida cautelar, pues ante la ausencia de prueba corresponderá al juez de conocimiento de la solicitud negarla, como se hará en esta oportunidad. Por lo tanto, comoquiera que no se encuentran los elementos necesarios para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, se negará la medida cautelar.

Fuente Formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 231

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00141-00

Actor: Astrid Castellanos Correcha

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Astrid Castellanos Correcha presenta demanda¹ en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que formuló la siguiente pretensión:

¹ La demanda fue inadmitida por auto del 16 de diciembre de 2014 (fls. 23 a 25 del expediente). La corrección se presentó en tiempo el 15 de enero de 2015 y en esta se integró la demanda.

“1º. Que se declare la nulidad del Acuerdo N° 042 de 2014 (noviembre 26) “Por medio del cual se designa rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, periodo 2015-2018”, emanado del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), a través del cual se declaró la designación del Dr. Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, con cinco votos”.

Adicionalmente, a título de medida cautelar solicitó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 42 de 2014, con fundamento en los siguientes argumentos:

Que el Acuerdo N° 41 de 2014, mediante el cual se convocó a consulta a la comunidad universitaria de la UPTC con el fin de conformar el grupo de elegibles de los cuales se seleccionaría al rector de la universidad, se publicó un día después a aquel en que se inició la consulta a profesores y estudiantes, lo cual vulneró los derechos políticos a elegir y ser elegido y de acceso a los cargos públicos; así como los derechos al debido proceso y buena fe en las actuaciones administrativas, toda vez que esa circunstancia restringió la posibilidad de participación de toda la comunidad.

Que la publicación irregular del citado acto administrativo impidió que los candidatos iniciaran y finalizaran con normalidad sus campañas electorales e impidió que la comunidad universitaria conociera alternativas ofrecidas por otros candidatos distintos al elegido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspectos sustanciales y formales de la demanda

Revisado el contenido de la demanda y sus anexos, se advierte que esta se dirige a obtener la nulidad de la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), para el periodo 2015-2018 y que reúne los requisitos de oportunidad y forma señalados en el CPACA.

En consecuencia, se ADMITIRÁ y se le dará el trámite señalado en el artículo 277 del CPACA.

2. De la medida cautelar en el contencioso electoral

Como lo ha señalado la Sala², en el contencioso electoral, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo electoral es el único mecanismo cautelar que puede formularse³

² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de julio de 2014, exp. 2014-00036-00, M. P. Susana Buitrago Valencia.

³ Refuerza esta tesis, la postura doctrinal que al respecto ha precisado: “En relación con la tercera decisión que debe contener el auto admisorio de la demanda, esto es, la consistente en definir la petición de suspensión provisional si se hubiere presentado, el artículo 277 modifica las reglas generales sobre medidas cautelares, pues exige que la suspensión provisional se presente con la demanda y se decida en el auto que la admita, decisión que se adoptará por la Sala o Sección correspondiente. Cabe preguntarse si procede solicitar las demás medidas cautelares, lo que en principio no es posible, pues se trata de un procedimiento especial en el que solo se regula

de cara a “proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. Así se establece en el inciso final del artículo 277 del CPACA que dispone:

“ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

*En el caso de que se haya pedido la **suspensión provisional del acto acusado**, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación”.* (Negrillas y Subrayas fuera del texto original).

En el proceso de nulidad electoral la medida de suspensión provisional solo puede solicitarse en la demanda y no en cualquier estado de éste como ocurre en el procedimiento ordinario que rige los demás medios de control contencioso administrativos. Además, en la acción de nulidad electoral no se corre traslado previo de la medida cautelar al demandado; no requiere de otorgamiento de caución para su decreto y se decide en el mismo auto admisorio.

Lo anterior, en consideración a que el trámite para resolver la medida cautelar de suspensión provisional del acto electoral, está en consonancia con la celeridad que caracteriza este proceso, tal y como lo establece el artículo 296 del CPACA, según el cual, únicamente se aplican al contencioso electoral las regulaciones del proceso ordinario, en tanto sean compatibles con la naturaleza de éste.

3. La solicitud de suspensión provisional del acto de elección

En la demanda la actora solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 42 de 2014, argumentando que el Acuerdo N° 41 de 2014, mediante el cual se convocó a consulta a la comunidad universitaria de la UPTC con el fin de conformar el grupo de elegibles de los cuales se seleccionaría al rector de la universidad, se publicó un día después a aquel en que se inició la consulta a profesores y estudiantes, lo cual vulneró los derechos políticos a elegir y ser elegido y de acceso a los cargos públicos; así como los derechos al debido proceso y buena fe en las actuaciones administrativas, toda vez que esa circunstancia restringió la

la suspensión provisional de los efectos de la elección, de lo que desprende que las demás no están permitidas”. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Enrique José Arboleda Perdomo. Segunda Edición. Legis, 2012.

posibilidad de participación de toda la comunidad, toda vez que impidió que los candidatos iniciaran y finalizaran con normalidad sus campañas electorales y que se conocieran las alternativas ofrecidas por éstos.

Según el 231 del CPACA la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá *"por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud"*. (Negrita fuera de texto).

En el sub-examine la Sala considera que la medida cautelar pedida por la demandante no es susceptible de decretarse, toda vez que al expediente no se aportó copia del Acuerdo N° 41 de 2014 ni prueba de la fecha en que éste fue publicado que permita determinar que, en efecto, como lo afirma la señora Castellanos Correcha, este se publicó con posterioridad a la fecha en que se inició la consulta a la comunidad universitaria de la UPTC.

Demostrar la existencia del hecho que soporta la solicitud de suspensión provisional es una carga que, como se dijo con antelación, corresponde a quien pretenda se decrete la medida cautelar, pues ante la ausencia de prueba corresponderá al juez de conocimiento de la solicitud negarla, como se hará en esta oportunidad.

Por lo tanto, comoquiera que no se encuentran los elementos necesarios para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, se negará la medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

PRIMERO. ADMITIR la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad electoral presentó la **señora Astrid Castellanos Correcha** contra la elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la Universidad Pedagógica

y Tecnológica de Colombia (UPTC), **para el periodo 2015-2018.**

En consecuencia, en aplicación del artículo 277 del CPACA, **se dispone:**

1. Notificar personalmente esta providencia al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez. Adviértasele que el traslado para contestar la demanda se computará en la forma dispuesta en los artículos 277 num. 1 lit. f) y 279 del CPACA Para efectos de la notificación personal comisionese al Tribunal Administrativo de Boyacá.
2. Notificar personalmente esta providencia al Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC) por intermedio de su Presidente, acudiendo al mecanismo establecido en el numeral 2 del artículo 277 del CPACA, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales de dicha entidad.
3. Notificar personalmente al Agente del Ministerio Público, según lo dispone el numeral tercero del artículo 277 del CPACA.
4. Ordenar la notificación por estado de esta providencia a la señora Astrid Castellanos Correcha (CPACA Art. 277 num. 4).
5. Ordenar que se informe a la comunidad la existencia de este proceso a través de la página web del Consejo de Estado (CPACA Art. 277 num. 5).

SEGUNDO. NEGAR la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

Con Aclaración de Voto

Con Aclaración de Voto del Doctor Alberto Yepes Barreiro

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Medida cautelar de suspensión provisional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - La normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de suspensión provisional se deba correr traslado, lo cierto es que tampoco lo prohíbe

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales me aparto de las consideraciones expuestas en la providencia objeto de aclaración, respecto de la imposibilidad de correr traslado de la solicitud de suspensión provisional en procesos de naturaleza electoral. Como lo he venido sosteniendo, lo cierto es que el artículo 231 del CPACA establece que la medida cautelar de suspensión provisional debe ser decretada "...cuando [la] violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)", aquella circunstancia implica que el juez de lo contencioso debe efectuar un estudio, un análisis de los argumentos expuestos y confrontarlos junto con la totalidad de los elementos de prueba arrojados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C. C. A., en donde la infracción debía ser manifiesta. Lo anterior significa que el juez, al resolver sobre la solicitud de medida cautelar está habilitado para adelantar un juicio previo y de fondo, sobre la legalidad del acto acusado, en el que se debe evaluar, por un lado, las razones de la solicitud y, por otro, las pruebas aportadas, si las hay. El anterior entendimiento respecto del régimen de medidas cautelares del CPACA, sustancialmente distinto en comparación con el del anterior código, es el que me lleva a insistir en que: en casos como en el que nos ocupa, resulta ilustrativo, por decir lo menos, aplicar analógicamente el trámite previsto para el proceso ordinario con el fin de correr traslado, a los sujetos procesales, de la solicitud de la medida cautelar. Ello, huelga decirlo, contrario a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, lo garantiza de una mejor manera. Es por lo expuesto que con toda vehemencia he venido sosteniendo que, si bien la normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de la mencionada solicitud se deba correr traslado, lo cierto es que tampoco lo prohíbe, razón por la cual el suscrito considera, y así ha venido haciéndolo, que en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, especialmente de la parte demandada, puede disponerse que previo a decidir sobre la suspensión provisional, se comuniquen los fundamentos de esta solicitud al ciudadano cuyo nombramiento o elección se acusa; a la entidad que expidió el acto demandado, así como también al Ministerio Público, con el fin de que expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada petición. En suma, si bien no constituye un requisito indispensable dentro del trámite de los procesos electorales, el traslado de la solicitud de la medida cautelar puede surtir, a discreción del Magistrado Ponente, aplicando analógicamente las reglas previstas al efecto en el marco de los procesos ordinarios.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., once (11) de febrero de 2015.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales me aparto de las consideraciones expuestas en la providencia objeto de aclaración, respecto de la imposibilidad de correr traslado de la solicitud de suspensión provisional en procesos de naturaleza electoral.

Como lo he venido sosteniendo, lo cierto es que el artículo 231 del CPACA establece que la medida cautelar de suspensión provisional debe ser decretada "...cuando [la] violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)", aquella circunstancia implica que el juez de lo contencioso debe efectuar un estudio, un análisis de los argumentos expuestos y confrontarlos junto con la totalidad de los elementos de prueba arrojados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C. C. A., en donde la infracción debía ser *manifiesta*.

Lo anterior significa que el juez, al resolver sobre la solicitud de medida cautelar está habilitado para adelantar un juicio previo y de fondo, sobre la legalidad del acto acusado, en el que se debe evaluar, **por un lado**, las razones de la solicitud y, **por otro**, las pruebas aportadas, si las hay.

El anterior entendimiento respecto del régimen de medidas cautelares del CPACA, sustancialmente distinto en comparación con el del anterior código, es el que me lleva a insistir en que: **en casos como en el que nos ocupa, resulta ilustrativo, por decir lo menos, aplicar analógicamente el trámite previsto para el proceso ordinario con el fin de correr traslado, a los sujetos procesales, de la solicitud de la medida cautelar. Ello, huelga decirlo, contrario a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, lo garantiza de una mejor manera.**

Es por lo expuesto que con toda vehemencia he venido sosteniendo que, **si bien la normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de la mencionada solicitud se deba correr traslado, lo cierto es que tampoco lo prohíbe**, razón por la cual el suscrito considera, y así ha venido haciéndolo, que en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, especialmente de la parte demandada, **puede disponerse que previo a decidir sobre la suspensión provisional, se comuniquen los fundamentos de esta solicitud al ciudadano cuyo nombramiento o elección se acusa; a la entidad que expidió el acto demandado, así como también al Ministerio Público, con el fin de que expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada petición.**

En suma, si bien no constituye un requisito indispensable dentro del trámite de los procesos electorales, el traslado de la solicitud de la medida cautelar puede surtirse, a discreción del Magistrado Ponente, aplicando analógicamente las reglas previstas al efecto en el marco de los procesos ordinarios.

En los anteriores términos dejo plasmadas las razones que me llevan a apartarme del criterio mayoritario de la Sala en lo que

refiere al traslado de las solicitudes de suspensión provisional en el marco de un proceso electoral.

Atentamente,

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL -
Admisión de la demanda contra la elección del
Presidente y Vicepresidente de la República /
SUSPENSIÓN PROVISIONAL - No se encuentran
los elementos necesarios para decretarla**

En capítulo separado de la demanda, el actor solicitó como medida cautelar suspender provisionalmente los efectos del acto que declaró la elección de los señores **Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República para el período constitucional 2014-2018**. En el sub-examine la petición de suspensión provisional, la fundamenta el accionante en que el acto infringió las normas en que debió fundarse, porque la declaratoria de elección no atendió a lo dispuesto por los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral, sobre mayorías, pues “Los apartes demandados en el punto 1.1.2.1 de esta corrección de la demanda desconocieron la validez jurídica y constitucional que tienen todos los votos depositados por los electores, los votos depositados por cada candidato, los votos depositados, válidos, en blanco, los votos depositados nulos y los votos depositados en tarjetas no marcadas. Es decir, se desconocieron los principios fundamentales constitucionales de la participación democrática, del pluralismo democrático, de la soberanía del pueblo, y del derecho fundamental constitucional de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y el derecho fundamental constitucional de elegir, que tienen los electores”. No se solicitó que se haga un estudio frente a algún tipo de prueba. Así, observa la Sala que en esta etapa del trámite cuando el proceso apenas comienza, no surge que la elección demandada adolezca del vicio que se le endilga. La controversia puesta a consideración de la Sala gravita sobre la interpretación que debe dársele a las expresiones “el mayor número de votos” contenida en el inciso primero del artículo 190 constitucional, y “la mayoría de los sufragios” que hace parte del inciso segundo del artículo 191 del Código Electoral. Determinar la estructuración o no del vicio endilgado implica la necesidad de profundizar en aspectos de mayor complejidad que son propios de la sentencia. Por lo tanto, comoquiera que no se encuentran los elementos necesarios para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto electoral acusado, se negará la medida cautelar.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00087-00

Actor: Humberto de Jesús Longas Londoño

Demandado: Presidente y Vicepresidente de la República

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Humberto de Jesús Longas Londoño presenta demanda¹ en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que formula las siguientes pretensiones:

“Que se declare la nulidad de los siguientes apartes demandados del Acto Administrativo definitivo, Resolución N° 2202 de junio 19 de 2014, notificada en estrados en junio 19 de 2014, del Consejo Nacional Electoral (CNE) (en negrilla y subrayado):

DEL CONSIDERANDO:

“Que de acuerdo con el cómputo total de votos, los candidatos, **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN Y GERMÁN VARGAS LLERAS**, inscritos por la coalición “Unidad Nacional” conformada por el partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano, obtuvieron un total de siete millones ochocientos treinta y nueve mil trescientos cuarenta y dos votos (7.839.342), los que representan la mayor votación en relación con la obtenida por los candidatos **ÓSCAR IVÁN ZULUAGA Y CARLOS HOLMES TRUJILLO**, inscritos por el Grupo Significativo de Ciudadanos “Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande” quienes obtuvieron seis millones novecientos diecisiete mil un votos (6.917.001) (...)”

DEL RESUELVE: “(...)

ARTÍCULO SEGUNDO. Declárase elegido como Presidente de la República de Colombia, para el período constitucional 2014 - 2018, al doctor **GERMÁN VARGAS LLERAS**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.123.402 de Bogotá, D. C., inscrito por la coalición “Unidad Nacional”, conformada por el partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano.

ARTÍCULO TERCERO. Declárase elegido como Vicepresidente de la República de Colombia, para el período constitucional 2014 - 2018, al doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.465.660 de Bogotá, inscrito por la coalición “Unidad Nacional”, conformada por el partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U, Partido Cambio Radical y Partido Liberal Colombiano.

ARTÍCULO CUARTO. Expídanse las correspondientes credenciales de Presidente de la República al doctor **JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN** y de Vicepresidente de la República al doctor Germán Vargas Lleras.

¹ Junto con su corrección del 23 de octubre de 2014.

ARTÍCULO QUINTO. (...) “y a los elegidos” (fls. 85 y 86).

Adicionalmente, solicitó a título de medida cautelar:

“Se solicita, como medida cautelar de urgencia, la **suspensión provisional**, de los efectos de los apartes demandados, descritos en el punto 1.1.2.1 de esta corrección de la demanda, de la Resolución N° 2202 de junio 19 de 2014, notificada en estrados por la audiencia pública de junio 19 de 2014, del Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección de Presidente de la República de Colombia a Juan Manuel Santos Calderón y de Vicepresidente de la República de Colombia a Germán Vargas Lleras por el periodo constitucional 2014 a 2018, de conformidad con los artículos 229, 230 inciso 1° y numeral 3, 231, 232 inciso 2°, 233, 234 y 277 numeral 6 inciso 2°, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Inicialmente en auto del 13 de agosto de 2014 se rechazó la demanda, decisión que al resolver súplica fue revocada por la Sala en providencia del 3 de septiembre siguiente. Entonces el 16 de octubre de 2014 se le ordenó al demandante corregir la demanda, entre otros aspectos, para que demostrara el cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 del CPACA. El demandante en el escrito de corrección adujo que no era necesario el agotamiento del citado requisito.

Ante la citada renuencia, en auto del 14 de noviembre de 2014 se rechazó la demanda, decisión contra la cual se interpuso recurso de súplica resuelto favorablemente al demandante el 15 de diciembre de 2014.

Hecho el trámite de notificaciones, el expediente pasó al despacho el 15 de enero de 2015.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Aspectos sustanciales y formales de la demanda

Revisado el contenido de la demanda y de sus anexos, se advierte que esta se dirige a que se anule la elección de los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras, como Presidente y Vicepresidente de la República, y que reúne los requisitos de oportunidad y forma a los que se refieren los artículos 162, 163, 164 y 166 del CPACA. En consecuencia, procede su admisión y se le dará el trámite que preceptúa el artículo 277 del CPACA.

2. De la medida cautelar en el contencioso electoral

Como lo ha señalado la Sala², en el contencioso electoral, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo electoral es el único mecanismo cautelar que puede formularse³ de

para a “proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”. Así se establece en el inciso final del artículo 277 del CPACA que dispone:

“ARTÍCULO 277. *CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN.* Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

En el caso de que se haya pedido la **suspensión provisional del acto acusado**, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación”.

(Negrillas y Subrayas fuera del texto original).

En el proceso de nulidad electoral la medida de suspensión provisional solo puede solicitarse en la demanda y no en cualquier estado de éste como ocurre en el procedimiento ordinario que rige los demás medios de control contencioso administrativos. Además, en la acción de nulidad electoral no se corre traslado previo de la medida cautelar al demandado; no requiere de otorgamiento de caución para su decreto y se decide en el mismo auto admisorio, no en auto separado.

Lo anterior, en consideración a que el trámite para resolver la medida cautelar de suspensión provisional del acto electoral, está en consonancia con la celeridad que caracteriza este proceso, tal y como lo establece el artículo 296 del CPACA, según el cual, únicamente se aplican al contencioso electoral las regulaciones del proceso ordinario, en tanto sean compatibles con la naturaleza de este.

3. La solicitud de suspensión provisional del acto de elección

En capítulo separado de la demanda, el actor solicitó como medida cautelar suspender provisionalmente los efectos del acto que declaró la elección de los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República para el periodo constitucional 2014-2018.

La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, de conformidad con el artículo 229 del CPACA, exige “petición de parte debidamente

provisional si se hubiere presentado, el artículo 277 modifica las reglas generales sobre medidas cautelares, pues exige que la suspensión provisional se presente con la demanda y se decida en el auto que la admita, decisión que se adoptará por la Sala o Sección correspondiente. Cabe preguntarse si procede solicitar las demás medidas cautelares, lo que en principio no es posible, pues se trata de un procedimiento especial en el que solo se regula la suspensión provisional de los efectos de la elección, de lo que desprende que las demás no están permitidas”. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Enrique José Arboleda Perdomo. Segunda Edición. Legis, 2012.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de julio de 2014, exp. 2014-00036-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.

³ Refuerza esta tesis, la postura doctrinal que al respecto ha precisado: “En relación con la tercera decisión que debe contener el auto admisorio de la demanda, esto es, la consistente en definir la petición de suspensión

sustentada”, y según el 231 del mismo estatuto, procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Esta última norma precisa que: 1) La medida cautelar se debe solicitar con la demanda o en todo caso antes de que se decida sobre su admisión, es decir, no es oficiosa, sino que debe estar fundada en el mismo concepto de la violación expresado en la demanda, o en lo que el demandante sustente en escrito separado. 2) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge⁴, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el trámite apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Por lo tanto, establecer si es viable decretar la medida de suspensión pretendida, implica analizar el acto acusado frente al contenido de la norma señalada como infringida, y en los casos en que así se pida, estudiar las pruebas aportadas, a fin de concluir si surge su contradicción.

En el sub-examine la petición de suspensión provisional de la elección de los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República para el período 2014-2018, la fundamenta el accionante en que el acto infringió las normas en que debió fundarse, porque la declaratoria de elección no atendió a lo dispuesto por los artículos 190 de la Constitución Política y 191 del Código Electoral, sobre mayorías, pues “Los apartes demandados en el punto 1.1.2.1 de esta corrección de la demanda desconocieron la validez jurídica y constitucional que tienen todos los votos depositados por los electores, los votos depositados por cada candidato, los votos depositados, válidos, en blanco, los votos depositados nulos y los votos depositados en tarjetas no marcadas. Es decir, se desconocieron los principios fundamentales constitucionales de la participación democrática, del pluralismo democrático, de la soberanía del pueblo, y del derecho fundamental constitucional de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político y el derecho fundamental constitucional de elegir, que tienen los electores”.

No se solicitó que se haga un estudio frente a algún tipo de prueba.

Así, observa la Sala que en esta etapa del trámite cuando el proceso apenas comienza, no surge que la elección demandada adolezca del vicio que se le endilga. La controversia puesta a consideración de la Sala gravita sobre la interpretación que debe dársele a las expresiones “el mayor número de votos” contenida en el inciso primero del

artículo 190 constitucional, y “la mayoría de los sufragios” que hace parte del inciso segundo del artículo 191 del Código Electoral.

Determinar la estructuración o no del vicio endilgado implica la necesidad de profundizar en aspectos de mayor complejidad que son propios de la sentencia.

Por lo tanto, comoquiera que no se encuentran los elementos necesarios para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto electoral acusado, se negará la medida cautelar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

PRIMERO. ADMITIR la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad electoral presentó el señor Humberto de Jesús Longas Londoño contra la elección de los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras como Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente, para el período constitucional 2014-2018.

En consecuencia, en aplicación del artículo 277 del CPACA, **se dispone:**

1. Notificar personalmente esta providencia a los señores Juan Manuel Santos Calderón y Germán Vargas Lleras.
2. Notificar personalmente esta providencia al Consejo Nacional Electoral por intermedio de su Presidente, acudiendo al mecanismo establecido en el numeral 2° del artículo 277 del CPACA, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales de dicha entidad.
3. Notificar personalmente al Agente del Ministerio Público, según lo dispone el numeral tercero del artículo 277 del CPACA.
4. Notificar por estado al demandante.
5. Infórmese a la comunidad la existencia de este proceso de conformidad con el numeral 5° del artículo 277 del CPACA.

SEGUNDO. NEGAR la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

Con Aclaración de Voto

⁴ Según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ALBERTO YEPES BARREIRO

SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Forma como debe entenderse en general y, en especial, en los procesos electorales a partir del nuevo código / MEDIDAS CAUTELARES - Papel del Juez de lo contencioso / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - La nueva teleología de la medida cautelar / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Se debe verificar principios y valores constitucionales / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Posee carácter normativo y vinculante

Con relación a la providencia de Sala adoptada en el proceso del vocativo referenciado, considero de suma importancia aclarar el voto, para exponer mi criterio sobre la forma como debe entenderse la figura de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de la reforma al Código de lo Contencioso Administrativo. Huelga manifestar que esas consideraciones fueron expuestas aunque no respaldadas por mis compañeros de Sección quienes mayoritariamente solicitaron retirar las consideraciones que llevaba el proyecto inicial sobre la decisión de suspensión y que ahora, parcialmente, paso a dejar consignadas. La posición mayoritaria parece entender que al juez le está vedado tomar una decisión ab initio del proceso en salvaguarda del orden jurídico en razón a una supuesta prohibición que sobre el particular trae el artículo 229 del CPACA, lo que explica, en parte, que se afirme que cuando el texto normativo señala que la violación debe "surgir", ello implica que la infracción deba ser "manifiesta", "brotar", según las acepciones que de ese vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a las que recurre la Sala como única herramienta hermenéutica para fijar el alcance del texto normativo que contiene la regulación de las medidas cautelares, sin reparar en que existen otras y de mayor utilidad como indagar en la finalidad de la misma, en las razones que tuvo el legislador para implantarlas en la nueva normativa, por señalar solo algunas. Esa postura desconoce que precisamente los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1137 de 2011, principio este que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador. Olvida la Sala, con todo respeto, que todo texto normativo debe ser interpretado por el operador a partir de los valores, principios y normas constitucionales en razón del carácter vinculante de la Constitución que nos rige, por tanto, más allá de si el legislador hubiese o no prescrito expresamente como lo hizo en el artículo 103 que el objeto de la jurisdicción era el expuesto, era claro que el mismo se debe colegir de la prevalencia de los mandatos superiores.

Es precisamente esa concepción literal y exegética que parece tener la Sala sobre la suspensión provisional que me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de

cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va más allá de extraer el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo. En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Suspensión provisional / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Traslado de la medida a los sujetos procesales / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - El traslado de la solicitud de la medida cautelar puede surtir a discreción del Magistrado Ponente

(...) el régimen de medidas cautelares del CPACA, sustancialmente distinto en comparación con el del anterior código, es el que me lleva a insistir en que: en casos como en el que nos ocupa, en donde se hace necesario desde sus inicios adoptar una postura de fondo al resolver la solicitud de suspensión provisional, resulta ilustrativo, por decir lo menos, aplicar analógicamente el trámite previsto para el proceso ordinario con el fin de correr traslado, a los sujetos procesales, de la solicitud de la medida cautelar. Ello, huelga decirlo, contrario a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, lo garantiza de una mejor manera. Es por lo expuesto que con toda vehemencia he venido sosteniendo que, si bien la normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de la mencionada solicitud se deba correr traslado, lo cierto es que tampoco lo prohíbe, razón por la cual el suscrito considera, y así ha venido haciéndolo, que en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, especialmente de la parte demandada, puede disponerse que previo a decidir sobre la suspensión provisional, se comuniquen los fundamentos de esta solicitud al ciudadano cuyo nombramiento o elección se acusa; a la entidad que expidió el acto demandado, así como también al Ministerio Público, con el fin de que expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada petición. En suma, si bien no constituye un requisito indispensable dentro del trámite de los procesos electorales, el traslado de la solicitud de la medida cautelar puede surtir, a discreción del Magistrado Ponente, aplicando analógicamente las reglas previstas al efecto en el marco de los procesos ordinarios. Pues bien, el auto de objeto de aclaración, en su segmento explicativo de la medida cautelar en materia electoral, conserva muchas de las expresiones que hemos cuestionado, y en consonancia con ellas, no efectuó un verdadero análisis de fondo sobre el asunto objeto de controversia. A mi juicio, la medida precautelar estuvo correctamente negada por cuanto la supuesta violación puesta

de presente por el actor no se materializa, pero la Sala no explicó juiciosamente las razones por las que ello es así. Ciertamente, el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política determina con meridiana claridad que en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales alcanza la elección la fórmula que simplemente consiga el mayor número de votos por ella depositados, sin exigir ningún otro tipo de calificativo o exigencia. Es por lo anterior, que coincido con la decisión de la Sala en el sentido de negar la solicitud de suspensión provisional pero, insisto, aquello ha debido explicarse de forma expresa en el texto principal de la providencia.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales, si bien comparto el sentido de la decisión adoptada en el auto de la referencia, considero necesario: (i) dejar sentado mi criterio sobre aspectos inherentes a la institución de la suspensión provisional en general y, en especial, en los procesos electorales a partir de expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y (ii) ahondar en las razones de fondo en las cuales ha debido fundamentarse la negativa de la medida cautelar de suspensión provisional.

1. Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Hablar de cautela o medidas cautelares, sabido es, refiere a un mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar, por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, *la periculum in mora*¹.

Y por otro, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pueda de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, a partir de lo que se ha denominado la apariencia de buen derecho o *fumus bonis juris*, para lograr un equilibrio entre las partes procesales o, como lo dice la Corte Constitucional², la igualdad entre ellas, es decir, entre quien considera que tiene el derecho y aquella que se niega a reconocerlo o lo ha vulnerado.

1.1. El bloque de constitucionalidad y el derecho a un recurso judicial efectivo

La inserción de medidas cautelares en los ordenamientos procesales no son más que una manifestación del principio que

en el contexto internacional y en el derecho internacional de los Derechos Humanos se ha denominado *recurso o tutela judicial efectiva* y que en nuestro ordenamiento constitucional se ha entendido en ocasiones como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia del artículo 228 Constitucional o un derecho fundamental de carácter autónomo³. No obstante en los términos de los tratados internacionales y por la remisión que hace el artículo 93 de la Constitución Política ha de entenderse como un derecho autónomo al que consagra en el artículo 228 Constitucional, es decir, al de acceso a la Administración de Justicia.

En efecto, el artículo 93 de la Constitución establece que los tratados, internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden interno, lo que se ha entendido como la integración por remisión de la Carta del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario al ordenamiento constitucional.

Bajo ese entendido, encontramos en referencia al derecho a un **recurso judicial efectivo o tutela judicial efectiva**, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 2º, literal a) lo consagra y el literal b) que fija la obligación para las autoridades internas de desarrollar las posibilidades de ese recurso⁴. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica en sus artículos 8, numeral 1 y 25 se refiere a la protección judicial de las personas y repite la obligación para las autoridades internas de desarrollarla⁵.

Igualmente las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y la Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que, pese a ser declaraciones, gozan de fuerza vinculante, consagran el derecho de toda persona a un **recurso efectivo** ante los tribunales nacionales para que, en condiciones de **plena igualdad**, se protejan y determinen sus derechos y obligaciones.

La obligación de los Estados de instaurar mecanismos judiciales para garantizar la efectividad de los derechos no se circunscribe exclusivamente a los derechos denominados fundamentales. No, abarca la protección de todos aquellos derechos o intereses de los que es titular la persona, independiente de si tienen rango constitucional o simplemente legal.

1 Calamandrei, Piero. Derecho Procesal Civil. Oxford University Press México. Primera Serie Volumen 2. Pág. 16.

2 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 En un seguimiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede deducirse que en algunas ocasiones esa Corporación ha definido este derecho como parte del derecho al acceso a la administración de justicia, v.gr. sentencias C-268 de 1996, C-1051 de 2001 y C-454 de 2006. En otras, como en la sentencia C-426 de 2002 los identifica como lo mismo. Por su parte, en los autos 024 de 2004 y 100 de 2008, parece referirse al principio de tutela efectiva como un derecho fundamental autónomo.

4 Señala expresamente el literal b) "La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de recurso judicial" (resaltado fuera de texto).

5 El artículo 25 en comento, en su literal c) se refiere expresamente que los Estados deben garantizar el cumplimiento toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Esta aclaración es importante hacerla por cuanto en algún momento erradamente se podría inferir que el principio de tutela judicial efectiva hace referencia exclusivamente a la creación de mecanismos para la protección de los derechos de rango fundamental, es decir, a instrumentos como la acción de tutela en nuestro ordenamiento constitucional y, por tanto, restarle la importancia constitucional que tienen las medidas de cautela en los procedimientos judiciales.

El anterior aserto encuentra respaldo, entre otros, en pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual:

“...el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1. y lo dispuesto en el artículo 8.1., debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado-, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”⁶ (negrilla fuera de texto).

En consecuencia, de la normativa internacional citada debemos entender que el Estado colombiano tiene la obligación de consagrar mecanismos judiciales que permitan la efectividad de los derechos, dispositivos que, como lo han indicado los órganos de interpretación de los tratados internacionales citados, no basta con que se inserten en el ordenamiento sino que sean **eficaces e idóneos**⁷.

En ese orden de ideas, el Estado colombiano no cumple con la obligación internacional en mención al consagrar acciones, recursos o mecanismos de control como los denomina hoy la nueva normativa de lo contencioso administrativo que le permitan al ciudadano acudir a la jurisdicción para reclamar por las acciones, omisiones, operaciones, hechos y contratos de y con la administración, si ellas no resultan **eficaces e idóneas** para la protección de los derechos e intereses en discusión.

6 Caso *Marín de Mejía vs. Perú*, en O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Bogotá, 2004. Pág. 481. En el mismo sentido, otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 89; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 111; Caso *Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párr. 52; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 23, entre otros, según se lee en Courtis, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/47_79.pdf.

7 Es importante recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la interpretación que hacen los órganos dentro del sistema interamericano constituyen un criterio hermenéutico relevante para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Cfr. Sentencias C-406 de 1996 y C-010 de 2000, entre otras.

Idoneidad y eficacia que, en muchos eventos se ve afectada por los tiempos que debe tomar la Administración de Justicia para decidir y/o porque cuando se adopta el fallo definitivo, el derecho o interés en juego se ha vulnerado de tal manera que el fallo resulta inútil, carente de valor.

Es, en este contexto, en donde las llamadas medidas cautelares vienen a jugar un papel trascendental dentro de los procesos judiciales pues son medios adecuados para que desde el comienzo del proceso, el juez, como su director, pueda frente al derecho o interés en litigio: i) impedir un cambio probable; ii) eliminar el cambio ya ocurrido o iii) anticipar el posible cambio que se pueda generar⁸. De manera que éstas se convierten en la mejor y más adecuada herramienta con la que cuenta el Estado para lograr el cumplimiento anticipado y efectivo del fallo judicial, y en una garantía que permitirá satisfacer de forma real los derechos de quien acude a la jurisdicción, incluido obviamente, el restablecimiento del orden jurídico como sucede con la acción de simple nulidad.

En buena hora y seguramente inspirado, entre otros, en los textos del Profesor Carnelutti y obviamente en las experiencias internacionales, el legislador colombiano decidió introducir en el ordenamiento de lo contencioso administrativo un elenco de medidas de cautela que antes estaban restringidas a la suspensión provisional.

En efecto, en Alemania⁹, en Italia¹⁰ y en España¹¹, a partir del reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva y

8 Es precisamente el profesor Carnelutti el que explica las vicisitudes a las que se enfrenta quien acude a la administración de justicia y las posibles acciones que debería adoptar el juez desde que se traba la litis para lograr una verdadera protección de los derechos e intereses de aquel. Ob cit, pág.

9 El derecho fundamental individual a la tutela judicial efectiva se encuentra reconocido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, artículo 19.4, bajo el capítulo de los derechos de libertad.

10 Artículos 24 y 113 de la Constitución. “Una de las primeras manifestaciones constitucionales que prevén el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 24 estableció la tutela giurisdizionale, en el sentido de que todos tienen el derecho de actuar en juicio para tutelar sus propios derechos e intereses legítimos, lo cual significa que persigue la defensa no de la legalidad objetiva, sino de los derechos subjetivos e intereses legítimos del individuo, que sean susceptibles de ser conocidos por la jurisdicción, independientemente de la clase de proceso del cual se trate, refundiendo en la misma cláusula proteccionista el derecho a la defensa, vista como un derecho inviolable de las personas en cualquier estado o grado del procedimiento, de donde la jurisprudencia ha deducido la existencia de cautelas que trascienden la suspensión provisional ampliando la esfera de la tutela cautelar, subrayando la importancia de garantizar el derecho a la igualdad entre las prerrogativas estatales y el ciudadano. El artículo 113 de la Constitución italiana complementa esta disposición, pues cubre la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos que se hubieren vulnerado por los actos de la administración pública, por lo cual es la jurisdicción la que se encarga de controlar el acto administrativo, sin que se puedan permitir exclusiones...” Barnés Vásquez, J., “Addenda: un apunte introductorio sobre la tutela judicial efectiva en la Constitución italiana”, en Barnés Vásquez, J. (coord.), *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 251-255, Tomado del escrito de Araújo-Oñate, Rocío Mercedes, “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 247-291.

11 El artículo 24 de la Constitución, señala que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

en la forma como los tribunales internacionales de Derechos Humanos¹² lo concibieron e interpretaron, se abrió paso la idea según la cual las medidas de cautela debían hacer parte del derecho a una tutela judicial efectiva y fue así como, por ejemplo, en la legislación española se introdujo esta figura en la Ley 28 de 1998.

Por su parte, el legislador colombiano, bajo la misma égida de la tutela o recurso judicial efectivo¹³ hace esa regulación en los artículos 229 a 241 de la Ley 1437 de 2011 en los que introduce al régimen de lo contencioso administrativo la figura de las medidas cautelares, bajo una ordenación que no se conocía en nuestro ordenamiento, salvo en lo que hacía a la cautela denominada suspensión provisional, medida que solo era procedente para las acciones, que hoy se denominan medios de control: de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese sentido, el artículo 229 indica que las medidas de cautela tienen por finalidad proteger **i)** el objeto del proceso y **ii)** la efectividad de la sentencia. Es decir, se pretende que ellas permitan asegurar a quien acude a la Administración de Justicia ver satisfecho de forma provisional su derecho o interés, inclusive el abstracto de restablecimiento del orden jurídico, independiente del tiempo que se tarde el fallo definitivo, pues solo una vez se dicte éste, existirá la certeza sobre su titularidad.

Nada impide, por tanto, que el juez anticipe el análisis o examen del asunto sometido a su conocimiento cuando adopta la medida de cautela, en aras además de la realización del principio de tutela judicial efectiva de la materialización de otros principios como el de eficacia y celeridad del proceso.

En ese contexto, el legislador definió en el artículo 230 las medidas cautelares que puede adoptar el juez de lo contencioso administrativo en el curso de un proceso. Estas son: i) Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible; ii) Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, medida que podíamos calificar como la última o extrema, porque se exige que se acuda a ella “*cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción*”; iii). Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; iv) Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos e, v) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

12 Tribunal de Derechos Humanos. Caso Soering vs. Reino Unido. 1988. Igualmente, es sumamente trascendental el fallo que profirió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el caso Factortame. Providencia de 19 de junio de 1990

13 En el informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley No. 315 De 2010 Cámara y 198 de 2009 Senado de 23 de noviembre de 2010, se lee lo siguiente “En el Capítulo XI de medidas cautelares (arts. 229 a 241), se realizan una serie de modificaciones para mejorar la estructura propuesta en el proyecto de ley, sobre la base del fortalecimiento de los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de obtener por medio de los mismos una tutela judicial efectiva” (subrayas y negrilla fuera de texto)

No es éste el espacio para hacer el análisis de cada una de las medidas de cautela que introdujo el legislador en esa regulación, basta señalar algunas generalidades de ellas, así:

i) son procedentes en todos los procesos declarativos y constitucionales que se tramiten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ii) se pueden solicitar con la demanda o posteriormente¹⁴; iii) se debe probar un perjuicio irremediable por parte de quien la solicite o que la sentencia tendrá efectos nugatorios si no se adopta un correctivo inmediato, requisitos éstos que no se requieren en el caso de la suspensión provisional; iv) en los casos de la medida cautelar de urgencia y en el medio de control electoral, la solicitud de suspensión provisional se decide con la admisión de la demanda, por tanto, no se requiere la notificación a la parte demandada, en los demás casos la decisión sobre la medida se adopta después de admitida la demanda y previa notificación a la parte contraria sobre la solicitud de la misma, para que se pronuncie en un término de 5 días; v) se puede suspender o levantar en cualquier momento previa caución o cuando se demuestre que ya no existen o se han superado los hechos que le dieron origen. Igualmente se puede modificar por otra para que cumplan su propósito dentro del proceso; vi) su concesión requiere de la presentación de una caución, la única medida de cautela en la que esta no se exige es en la suspensión provisional.

Como se puede apreciar de la breve descripción que se hizo en el párrafo anterior, la denominada suspensión provisional tiene unas particularidades en relación con los otros medios de cautela que implantó la Ley 1437 de 2011 que requiere de un análisis específico, razón por la que me referiré en este escrito de aclaración únicamente a ella, puesto que fue el medio que solicitaron los demandantes en su escrito de demanda.

1.2. La nueva teleología de la suspensión provisional como medida cautelar

Como se precisó anteriormente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo no regulaba medio de cautela diverso a la suspensión provisional, la que fue desarrollada en los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984, y que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 tuvo consagración constitucional en el artículo 238 al expresar que esta jurisdicción podría suspender provisionalmente “*por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”.

Pese a esa consagración constitucional y a la posibilidad de un desarrollo diverso al que de ella se hizo en el Decreto 01 de 1984, solo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se reparó en su finalidad.

14 Esta generalidad parece tener una excepción en el medio de control electoral en donde la solicitud de la medida provisional de suspensión solo es procedente si se solicita en la demanda o en escrito separado que la acompañe, en los términos del inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

La suspensión provisional durante los 28 años en que estuvo vigente el Decreto 01 de 1984 no cumplió su papel de medio de cautela si entendemos por éste, el mecanismo procesal por medio del cual se busca evitar por una parte, que el tiempo que ineludiblemente se toma la Administración de Justicia para resolver el asunto sometido a su conocimiento enerve la eficacia del fallo y, por ende, la satisfacción real y efectiva de los derechos e intereses en conflicto, es decir, *la periculum in mora*; y por otro lado, permitir que en determinados casos y con el cumplimiento de ciertos requisitos, el juez pudiera de forma preventiva, asegurar y garantizar el derecho o interés que está en discusión, es decir, **el objeto del proceso** como lo denomina hoy el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.

En tratándose del medio de control de nulidad, es claro que el objeto del proceso no es otro que el restablecimiento del orden jurídico en aras de salvaguardar el principio del bloque de legalidad, entendido éste en el marco de un Estado material de Derecho como *el conjunto de normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico*¹⁵ para diferenciarlo del principio de legalidad positivista, es decir, sujeción a la ley en sentido formal.

Decíamos que la finalidad de la cautela de suspensión en cuanto la protección del objeto del proceso no se cumplía en vigencia del numeral 2 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984, por cuanto su concesión se hizo casi imposible a partir de la interpretación del vocablo “*manifestamente*” que este empleaba.

En efecto, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo interpretó ese término en el sentido según el cual la infracción de la norma que se decía vulnerada debía ser “... *clara y ostensible que no requiera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores*”.¹⁶ Es decir, se exigía una transgresión tan grosera, tan evidente del ordenamiento que el juez no necesitaba hacer razonamiento alguno para decretar la suspensión que le era solicitada.

Por tanto, se decía que si había necesidad de alguna argumentación para su procedencia, esta debía hacerse solo en la sentencia que definiera definitivamente sobre la nulidad o no del acto acusado, en aras de dar prevalencia a la presunción de legalidad que bajo esa hermenéutica solo se podía desvirtuar en la sentencia.

Bajo esa exégesis, esta Sección antaño y reiteradamente sostuvo, por ejemplo, que “*era indispensable que la violación manifiesta de la normas de derecho alegada, se perciba a través de una sencilla comparación entre el acto administrativo acusado o del examen de las pruebas aportados (documentos públicos) y las normas jurídicas en que se fundamenta sin necesidad*

de acudir a razonamientos profusos y complejos. La simple confrontación de los extremos referidos debe permitir constatar que se ha subvertido el orden jurídico”.¹⁷ (Negrilla fuera de texto)

Se consideraba, entonces, que “*La medida resulta improcedente si para avtorar la infracción al ordenamiento jurídico es menester hacer lucubraciones o razonamientos profundos o sistemáticos, si más allá de la confrontación entre la norma, el acto acusado y las pruebas presentadas, se debe hacer una valoración mancomunada, sistemática y profunda de la prueba documental aportada y de las normas invocadas, pues tal tipo de razonamientos solamente se puedan hacer al momento de fallar, garantizando al sujeto pasivo de la acción su derecho a la defensa y a contradecir todos y cada uno de los medios de prueba para sustentar la causal de nulidad...*”¹⁸.

Esa interpretación para la concesión restringida de la suspensión provisional, llevó a la Corte Constitucional a señalar que la acción de tutela era procedente pese a la existencia en el proceso administrativo de la medida cautelar de suspensión provisional porque aquella era **ineficaz**, pues si el juez administrativo no podía hacer ninguna clase de razonamiento y solo en el fallo era posible determinar si la vulneración se presentaba, correspondía por tanto al juez de tutela analizar el acto acusado frente a los derechos fundamentales que se decían vulnerados, para decidir si ordenaba o no la suspensión que en lo contencioso no fue posible encontrar.

La procedencia de ese otro recurso judicial o tutela efectiva, es decir, del amparo constitucional se precisaba generalmente en los casos de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, en donde, además de exigirse la vulneración “*manifiesta*” se debía demostrar sumariamente el perjuicio que la ejecución del acto podría ocasionar, en los términos del numeral 3 del artículo 152 del Decreto 01 de 1984. No obstante el análisis de este segundo requisito no se efectuaba, en razón a que el operador jurídico se quedaba en la falta de una oposición grosera del acto frente a la normativa que se decía desconocida, prevalecía, entonces, la presunción de legalidad.

El Tribunal Constitucional enunció, entonces, las diferencias entre la acción de tutela y la suspensión provisional, para justificar la procedencia de la primera ante la ineficacia de la segunda:

“3) *A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida*

15 Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción. Universidad Externado de Colombia. Tomo I. Pág. 365.

16 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993). Radicación número 0983. Ponente, Doctor Luis Eduardo Jaramillo.

17 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de octubre 14 de 1999. C. P. Reynaldo Chavarro Buritica. Exp. 2340.

18 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp.3529.

excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; **pero lo que sí se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos.** En efecto:

“La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C. C. A. entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

“...

“La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar

que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado”¹⁹. (Negrilla fuera de texto).

La conclusión de la Corte no era otra que afirmar que: la suspensión provisional no era un medio **idóneo** para la protección de derechos fundamentales, razón por la que la acción de tutela se imponía.

Esa interpretación limitada del término “manifiesta” que empleaba el Decreto 01 de 1984, llevó a los redactores de la Ley 1437 de 2011 a proponer su modificación para lograr la eficacia de este medio de cautela. Por lo menos así se lee en siguiente informe de ponencia:

*“En el artículo 231, que corresponde a los requisitos para decretar las medidas cautelares, **en el inciso primero se reforma la redacción con el objetivo de que la suspensión provisional de los actos administrativos resulte eficaz.** Con esta orientación se señala que, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **si tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud;** igualmente, cuando además se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos, para que proceda dicha medida cautelar”²⁰.* (Negrilla y subrayas fuera del texto).

En consecuencia, se propuso una redacción sencilla del correspondiente artículo, en el que se enunciaba lo siguiente: **“Artículo 233. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando simplemente se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda”²¹. Redacción que se mantuvo inalterada en todos los debates²², hasta el cuarto debate en Cámara, en donde en aras, se repite, **de la eficacia de la medida** como se lee expresamente en el informe de ponencia antes transcrito, se cambió la redacción para agregar que la suspensión provisional debía otorgarse cuando la **“violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”**.

19 Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

20 Congreso de la República. Gaceta 951 del 23 de noviembre de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe de ponencia.

21 Congreso de la República. Gaceta 264 del 27 de mayo de 2010. En la que se publicó el texto para segundo debate en el Senado de la República.

22 Congreso de la República. Gaceta 683 del 23 de septiembre de 2010. En la que se publicó el texto para primer debate en la Cámara de Representantes y su respectivo informe.

Entonces siendo así, resuelta de perogrullo afirmar que la reforma legislativa, al eliminar el término "manifestamente" y consagrar que aquella procedía cuando existiere la violación entre el acto acusado y la norma que se decía vulnerada, modificó radicalmente la teleología y el entendimiento de la suspensión provisional como medida cautelar.

Y es precisamente en la forma como debe interpretarse el artículo 231 del nuevo Código que existe un punto de desencuentro con la posición mayoritaria. En efecto, creo que cuando el legislador introdujo la voz "surgir" en el cuarto debate, no lo hizo con la idea de mantener inalterada la jurisprudencia según la cual la violación que se alegue del ordenamiento debe ser tal, que el juez no deba hacer estudios o análisis para llegar a la decisión de si debe o no ordenar la suspensión propuesta; todo lo contrario, el análisis, la valoración probatoria, la argumentación, etc., se imponen en la definición de esta medida cautela. No entenderlo así, devendría en una reforma inocua.

Precisamente lo que demuestra el iter legislativo brevemente reseñado en párrafos anteriores es todo lo contrario, es decir, que lo que buscó el legislador al eliminar expresamente el vocablo "manifestamente" fue permitir al juez un análisis, una valoración inicial del acto acusado con la normas que se dicen desconocidas para determinar si procede o no la suspensión provisional.

La posición mayoritaria parece deducir que para que proceda la medida cautelar de suspensión provisional se requiere que la violación surja del "análisis" del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas. Hasta aquí todo igual, pues se repite lo que dice textualmente el artículo 231, el asunto está en lo que entienden o el significado que le da la Sala a la locución "surgir" y el alcance del examen que, en su concepto, debe efectuar el juez de conocimiento, pues en mi criterio, el análisis y la confrontación siempre han estado y estarán presentes en la toma de la decisión²³.

Se lee en las providencias que hasta la fecha ha dictado la Sección en esta materia:

"2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge²⁴, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del

estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA, en cuanto ordena que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"²⁵.

Si bien es cierto mis colegas no avanzan ninguna noción sobre el alcance de los términos analizar y estudiar que se subrayan, sí puedo advertir que el enfoque que la Sala le pretende dar al examen o análisis que debe efectuar el juez para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, parece ser idéntico o por lo menos similar al que exigió la jurisprudencia en vigencia del Decreto 01 de 1984.

Es decir, una interpretación que le impida al operador un estudio dialéctico en que, a partir o con los elementos aportados en la demanda, se forme una primera opinión sobre si el acto acusado vulnera el ordenamiento jurídico al que está sometido para, consecuentemente, decretar su suspensión provisional, en aras de proteger la integridad de aquel.

En otros términos, con infinidad de talanqueras gramaticales, se pretende imponer hasta el final del proceso la presunción de legalidad del acto, con lo que se impediría una de las finalidades de la medida cautelar como lo es la de asegurar el objeto del respetivo medio de control que, en los casos de la simple nulidad no es otro que el restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico, perturbado o alterado por un acto contrario a aquel o el de nulidad electoral, que además del restablecimiento del orden jurídico, busca la transparencia, igualdad y eficacia del voto como manifestación del derecho constitucional consagrado en el artículo 40, numerales 1 y 7 de la Constitución Política.

23 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 27 de mayo de 2009. C.P. Ruth Stella Correa. 36476. Auto que es muy interesante de analizar porque, en vigencia del Decreto 01 de 1984, hizo algunas reflexiones sobre el deber de argumentación que tiene el juez al momento de decretar la medida cautelar de suspensión provisional.

24 Según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" - (del latín surgĕre)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

25 Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta, auto de 7 de febrero de 2013, Rad. 110010328000201200066-00, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. En el mismo sentido los autos dictados el 24 de enero de 2013, Rad. 11001-03-28-000-2012-00068-00 y 11001-03-28-000-2012-00071-00 Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

En efecto, la posición mayoritaria parece entender que al juez le está vedado tomar una decisión *ab initio* del proceso en salvaguarda el orden jurídico en razón a una supuesta prohibición que sobre el particular trae el artículo 229 del CPACA, lo que explica, en parte, que se afirme que cuando el texto normativo señala que la violación debe “*surgir*”, ello implica que la infracción deba ser “*manifiesta*”, “*brotar*”, según las acepciones que de ese vocablo trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a las que recurre la Sala como única herramienta hermenéutica para fijar el alcance del texto normativo que contiene la regulación de las medidas cautelares, sin reparar en que existen otras y de mayor utilidad como indagar en la finalidad de la misma, en las razones que tuvo el legislador para implantarlas en la nueva normativa, por señalar solo algunas.

Esa postura desconoce que precisamente los principios que rigen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo bajo la nueva preceptiva: la garantía de los derechos de las personas, sean estos de carácter fundamental o legal y la preservación del orden jurídico, artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, principio éste que en una interpretación sistemática del ordenamiento no puede ser reemplazado por el inerte significado gramatical de un vocablo empleado por el legislador.

Olvida la Sala, con todo respeto, que todo texto normativo debe ser interpretado por el operador a partir de los valores, principios y normas constitucionales en razón del carácter vinculante de la Constitución que nos rige, por tanto, más allá de si el legislador hubiese o no prescrito expresamente como lo hizo en el artículo 103 que el objeto de la jurisdicción era el expuesto, era claro que el mismo se debe colegir de la prevalencia de los mandatos superiores.

Es precisamente esa concepción literal y exegética que parece tener la Sala sobre la suspensión provisional que me impone plasmar en esta aclaración mi raciocinio sobre esta medida de cautela, bajo el convencimiento que el papel que hoy debe jugar el juez de lo contencioso administrativo va más allá de extraer el contenido gramatical de una expresión o de un término, pues ante la decisión de una medida cautelar sea ella cual fuere, debe asumir su rol de garante de derechos y del ordenamiento jurídico como lo exige la Constitución y por tanto, no puede quedarse en una simple comparación o cotejo.

En otras palabras, el juez debe efectuar un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento, mientras ello no suceda, el juez de tutela seguirá asumiendo una función que es propia del juez de lo contencioso administrativo, arguyendo la ineficacia de la jurisdicción para la protección efectiva de los derechos de las personas.

2. El papel del juez de lo contencioso en el marco de las medidas de cautela

Es que, en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, brevemente reseñado en un acápite anterior, debe entenderse que hoy el juez de lo contencioso administrativo está llamado a abordar el estudio de la procedencia de la suspensión provisional en un contexto en donde prime el carácter normativo de la Constitución y el principio de prevalencia de los derechos fundamentales.

La decisión sobre la procedencia o improcedencia de este mecanismo tutelar, implica por parte del juez un análisis del acto acusado con las normas que se dicen vulneradas, en donde, como lo ha sostenido la Sección, en un criterio que he acompañado²⁶, corresponde al demandante sustentar la solicitud e invocar las normas desconocidas por el acto acusado, y al funcionario judicial efectuar un estudio de esos argumentos para confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida, en lo que para el efecto tendrá que interpretar, explicar, y, en algunos casos, seguramente aclarar exegesis que sobre el asunto sometido a conocimiento se presenten.

Por tanto, insisto que cuando el legislador empleó la voz “*surgir*” lo hizo bajo la idea de que la violación debería aparecer o hacerse manifiesta después del análisis que debe efectuar el operador judicial, examen que, por cierto, no fue calificado por el legislador como breve y somero o, profuso y copioso.

En otros términos, no puede aceptarse el criterio según el cual el juez al momento de decidir sobre la solicitud de medida cautelar no pueda hacer un juicio previo de legalidad del acto acusado y así expresarlo, anticipando su criterio, pues no otra cosa le corresponde si aceptamos que la suspensión provisional como medida cautelar que es, está llamada a asegurar, por un lado, el objeto del proceso y por otro, la efectividad de la sentencia, pues las decisiones tardías en defensa del ordenamiento superior simplemente sirven a lo sumo como ejemplo a los académicos, pero en la práctica no tienen ningún efecto, en la medida en que las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban al momento en que se cometió la ilegalidad o desconocimiento del ordenamiento superior.

En ese sentido y a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C. C. A., considero que el operador judicial está obligado hoy a efectuar un análisis detallado de los argumentos expuestos en la demanda para definir si es o no procedente la suspensión teniendo como referente su papel garantista y protector del ordenamiento jurídico, en donde los valores, los principios y derechos fundamentales han de ser el referente para su definición cuando así lo advierta el demandante.

²⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta, auto de 8 de noviembre de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2012-00055-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

Esta nueva concepción del rol que debe tener el juez de lo contencioso administrativo frente a las solicitudes de la cautela judicial de suspensión provisional busca, entre otros, cumplir uno de los objetivos que se propuso el legislador al insertar estas medidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: dotar al juez de lo contencioso de herramientas que le permitan la satisfacción pronta y efectiva de los derechos de quienes acuden a la jurisdicción, pero en especial, unificar sus poderes con los del juez de tutela, a efectos de que la acción de amparo recobre la naturaleza constitucional que tiene, es decir, el *mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales, cuando no exista en el ordenamiento otro que con la misma idoneidad puede satisfacer los derechos de rango fundamental*.

La suspensión provisional, junto con los otros medios de cautela que diseñó el legislador en la Ley 1437 de 2011, son, en mi concepto, medios idóneos y eficaces con los que cuenta hoy el juez de lo contencioso administrativo para asegurar, cuando ellos estén en juego, la protección, garantía y restablecimiento de los derechos e intereses de quienes acuden a los diversos medios de control, incluidos o en especial, los derechos fundamentales.

Así, la solicitud de la medida cautelar de suspensión, en el marco del derecho de acceso y tutela efectiva, presupone poner en movimiento el aparato judicial, para que el juez, en ese momento procesal - admisión de la demanda-, satisfaga esta garantía con un pronunciamiento que si bien no es definitivo, sí asegure que los fines del medio de control en el que ella se ha impetrado se cumplan. Lo que justifica exigir a quien demanda, una carga en cuanto al sustento y pruebas sobre la violación para que se pueda efectuar en debida forma el debate en ese primer momento procesal.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la suspensión provisional debe ser analizada bajo la égida de un recurso judicial y efectivo para la defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses de los asociados que, por ende, no puede estar sujeta a interpretaciones que hagan nugatoria su efectividad a la luz de la nueva legislación que rige la materia, pues con la reforma que introdujo el legislador no cabe duda que cumplió con la obligación de consagrar medios idóneos para la protección de los derechos de los asociados, materializando el principio de supremacía de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

3. La suspensión provisional es un juicio previo de legalidad que puede ser confirmado o desvirtuado en la sentencia y, en consecuencia, no se puede hablar de prejuzgamiento

Las ideas expuestas anteriormente, me llevan a sostener que cuando el juez de lo contencioso decide sobre la solicitud de suspensión provisional, le corresponde adelantar lo que he denominado un primer juicio o juicio previo de la legalidad del

acto²⁷, en el que se debe evaluar, por un lado, las razones de la solicitud y, por otro, las pruebas aportadas, si las hay. Por tanto, el análisis que concierne al funcionario debe ser detallado, profundo, razonado, que le permita una idea preliminar sobre la posible legalidad o no el acto acusado.

De modo que debe entenderse que el legislador le otorgó al juez administrativo un papel dinámico al momento de adoptar la medida cautelar, que lo obliga a realizar un juicio previo de legalidad del acto administrativo cuestionado, sin que ese primer acercamiento o decisión provisional pueda ser entendida como un prejuzgamiento -como bien lo advierte el artículo 229 *ibidem*- porque el legislador, en este caso, le ha otorgado expresamente al juez la competencia para efectuar ese pronunciamiento, el cual puede variar si en el curso del proceso surgen elementos de juicio de carácter normativo y/o probatorio que lo lleven a cambiar esa primera percepción sobre la legalidad o no del acto, asunto que se determinará definitivamente en la sentencia.

Guillermo Cabanellas afirma que no puede hablarse de prejuzgamiento "*cuando la judicatura se pronuncia sobre los escritos que traban la litis. Lo repudiable es la obstinación impermeable a probanzas posteriores y a alegatos con bases más fundadas que la de los escritos iniciales*"²⁸.

En ese contexto, entiendo que prejuzgar implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de **la oportunidad procesal** su criterio sobre el objeto de litis o alguno de sus extremos. Es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto **en una etapa procesal** no prevista para el efecto.

La Corte Constitucional ha dicho que "*Ningún pronunciamiento de un juez dentro de un proceso, mediante una providencia judicial, constituye prejuzgamiento, falta de imparcialidad, y no puede dar lugar a recusación o impedimento, ya que implica el cumplimiento del deber de fallar o proferir decisiones judiciales*"²⁹.

En el caso en estudio, el legislador expresamente advirtió en el artículo 229 que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejuzgamiento, porque entendió que debía habilitar ese momento procesal, previo a la sentencia, para que el funcionario hiciera un primer juicio de legalidad del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda para atender o no la suspensión del acto censurado³⁰, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

27 En sentencia C-803 de 2006, la Corte Constitucional definió la suspensión provisional como un control de legalidad al interior de la jurisdicción contenciosa administrativa.

28 Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. 2001. Tomo VI. Pág.362

29 10Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 2006, entre otras.

30 Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejuzgamiento, sobre el particular autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

En ese sentido, como lo señala Carnelutti³¹, la razón de ser de la cautela es la litis, pero sin los efectos de la sentencia, por cuanto esta es mutable, no implica en sí misma una certeza del derecho o de la relación jurídica, por ello se considera que es accesoria o instrumental al proceso que le da origen y, en consecuencia, no se puede afirmar que su concesión pueda ser entendida como un prejuzgamiento.

Por su parte, el profesor García de Enterría³² señala con acierto que siempre que se habla de una medida de cautela se está ante un derecho incierto, dado que la certeza solo se adquiere cuando la sentencia queda en firme, lo que implica necesariamente un pronunciamiento, un análisis por parte del juez, sin que ello pueda entenderse como la definición de la litis, pues la medida provisoria es mutable y corresponderá a las partes en litigio persuadir al juez de llegar a una decisión diversa en el fallo que es inmutable cuando cobre ejecutoria.

Ese primer juicio, en los términos del artículo 231 del nuevo ordenamiento contencioso administrativo, solo requiere que se sustente la violación de las disposiciones invocadas por parte del demandante y que esta surja o aparezca después del análisis que de ellas se haga con el acto acusado, por tanto, no se requiere demostrar ni i) un perjuicio irremediable, o ii) que los efectos de la sentencia serían nugatorios de no adoptarse la medida cautelar, ni iii) que para el interés público resultaría más gravoso no adoptar la medida cautelar, presupuestos estos necesarios para la procedencia de las otras medidas de cautela. En consecuencia, tampoco se exige la prestación de caución, en los términos del artículo 229.

Es por ello que nuevamente debo citar al profesor García de Enterría cuando advierte que la pertinencia técnica de las medidas cautelares se justifica por sí misma, en la exigencia de una tutela efectiva, en la concurrencia de unos determinados requisitos técnicos, examinados **con un rigor austero y sin énfasis**³³.

En otros términos, el juez, al momento de resolver la medida de cautela debe hacer un primer esfuerzo para concretar el objeto de la litis y permitir a las partes conocer su raciocinio sobre la vulneración propuesta, lo que les permitirá a aquellas la posibilidad de entrar en el juego dialéctico de convencerlo sobre las razones que tienen para que declare la nulidad o no del respectivo acto.

Por tanto, considero que cuando en ese primer momento el juez hace expresas las razones por las que considera que procede o no la suspensión, tanto la Administración como los ciudadanos podrán dirigir sus esfuerzos argumentativos para lograr convencer al operador que sus reflexiones son equívocas

y que, por tanto, las debe variar o mantener. Es decir, el que en la suspensión haga una análisis o examen sobre la vulneración propuesta, garantiza el equilibrio o igualdad de armas entre las partes, pues éstas desde la admisión de la demanda podrán conocer la tendencia del juez, lo que les permitirá adecuar y encauzar su defensa, bien para que mantenga ese primer juicio o lo varié, según el interés en discusión. Esta conducta procesal, en mi criterio, es la que realmente efectiviza una posición garantista e igualitaria dentro del proceso.

Bajo esta concepción, entiendo que la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración puede empezar a desvirtuarse desde la misma admisión de la demanda. Es posible que algunos consideren que aquella debe mantenerse hasta que se dicte el fallo definitivo porque solo en este momento las partes han tenido la posibilidad de controvertir, es decir, de ejercer su derecho de audiencia y defensa.

Así, por ejemplo, el profesor argentino Alvarado Velloso considera en relación con las medidas precautelares en general, que *“cuando actualmente se adelante una pretensión procesal y se omita la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otra mal mayor: el de evitar el proceso como medio de defensa”*. Y agrega. *“Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente pueda perderse... y el que de seguro se perderá (el de defensa en el juicio), debe prevalecer éste, de claro rango en el orden constitucional”*³⁴.

Sobre el particular es necesario indicar que, en el caso colombiano, esa crítica no sería aceptable, pues precisamente el legislador estableció una etapa previa al decreto de la cautela en la que el demandado puede pronunciarse. En efecto, el artículo 233 ordena al juez o magistrado competente correr traslado de la solicitud al demandado para que en el término de cinco (5) días se pronuncie sobre la misma. Es decir, sí existe la oportunidad de conocer y fijar una posición antes de que se ordene su decreto.

Para la suspensión provisional que regula el artículo 233 del CPACA, considero que ella no escapa a ese requisito y, en consecuencia, no se puede adoptar sin agotar esa audiencia previa, por lo que la crítica que hace el autor en cita no sería admisible. Pero aun, si esa etapa no se hubiese consagrado, la observación en comentario no sería aceptable, precisamente porque el objeto de esa medida es el restablecimiento de la legalidad que puede alterarse por la actuación de la Administración, razón por la que ha de entenderse que la prevalencia del ordenamiento jurídico prima sobre el derecho que pueda aducir la Administración a defender su acto, el que de todas maneras puede ejercer en el proceso.

Es decir, en términos constitucionales la suspensión provisional se impone en aras de garantizar de manera cautelar el principio

31 Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Oxford University Press. México, Primera Serie. Volumen 4. Pág. 244.

32 García de Enterría, Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc.2004. pág. 66.

33 García de Enterría, Eduardo. La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso Administrativo Español. Editorial Thomson Civitas, 3ª edc.2004. pág. 86.

34 Alvarado Velloso, Adolfo. Las cautelares procesales. Críticas a las medidas precautelares. Colección Textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Pág. 164.

de sujeción y la observancia de todas las actuaciones del Estado al bloque de legalidad -incluida la Constitución, que es normativa y vinculante-, porque se repite, en un Estado de Derecho material no pueden existir inmunidades frente al ejercicio del poder.

Precisamente por lo expuesto, es que la única excepción a la regla anterior, es decir, que la suspensión se puede adoptar sin la participación del demandado, es en el medio de control de nulidad electoral, consagrado así en el numeral 6 del artículo 277 de CPACA, por cuanto ordena que la decisión de suspensión se adopte con la admisión de la demanda. Lo que no obsta, huelga decirlo, para que de considerarlo necesario y en una integración normativa, en especiales eventos, se puede admitir y hasta exigir la intervención del demandado para su defensa, lo que en principio, en materia electoral, no es teleológicamente necesario.

Lo expuesto hasta este punto, explica por qué no puedo admitir la afirmación que hace la Sala en los autos que deciden sobre la suspensión provisional en el sentido según el cual *"...es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA, en cuanto ordena que "la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"*, pues ello parece una advertencia al juez para que no emita pronunciamientos en esta etapa sobre la legalidad del acto circunscrito.

Por tanto me pregunto, si no lo hace, entonces, ¿cómo examinar o estudiar la procedencia de la medida? será que nuevamente y bajo la interpretación basada en el sentido gramatical del vocablo surgir, la Sala va a exigir que la violación sea manifiesta, aparezca de bulto o sea absolutamente evidente como sucedió en vigencia del Decreto 01 de 1984, a efectos de impedir al juez hacer razonamientos para que, en una interpretación errada del artículo 229 no incurra en una prohibición que éste no contempla.

Considero importante ratificar sí, como lo he venido exponiendo en otras providencias, que en esta primera etapa el juez queda o está limitado en su análisis a la interpretación de la demanda y a las normas que se dicen violadas, como a las pruebas aportadas con aquella. Es decir, el operador judicial no puede al estudiar la procedencia de la medida cautelar, traer para su examen preceptos que no fueron alegados como vulnerados por la parte demandante o pruebas que al momento de la decisión sobre la medida no estaban aportadas e incorporadas al proceso.

Se hace esta afirmación, por cuanto al funcionario no le es dado advertir la violación del ordenamiento frente a disposiciones que no fueron expuestas en la demanda o ejercer su función oficiosa para allegar más elementos de prueba que los aportados. En esta etapa previa, entonces, la actividad del juez se ve limitada por la actuación de quien ejerce la acción, quien es el único dueño del entendimiento, es decir, de la apariencia del buen derecho -*fumus bonis juris*- o la *periculum in mora*.

Lo anterior no significa que el juez administrativo, al examinar la solicitud de suspensión no pueda contra argumentar las razones de aquella, por ejemplo, haciendo un interpretación sistemática con preceptos omitidos en la demanda y/o en la solicitud de suspensión o con otros elementos de juicio a su alcance, que permitan inferir otro tipo de análisis o interpretaciones.

Es decir, el juez al momento de decidir sobre la suspensión está llamado a efectuar una valoración juiciosa del ordenamiento para que la decisión de suspensión no quede al arbitrio de la parte que demanda y explicar así porqué procede o no la medida cautelar. Por tanto, debe indagar, entre otros, en los principios y valores constitucionales identificables con el caso concreto, porque el carácter normativo y vinculante de la Constitución así se lo impone, en aras de mantener o desvirtuar la presunción de legalidad que reviste el acto acusado.

Así, el funcionario judicial en aras de garantizar el bloque de legalidad y, en especial, los derechos de quienes puedan resultar afectados con la decisión de suspensión, está en la obligación, por ejemplo, de consultar la interpretación que sobre las normas que se dicen acusadas ha efectuado el tribunal constitucional y la jurisprudencia sobre casos análogos, a efectos de decidir sobre la medida impetrada.

4. En cuanto a la posibilidad de correr traslado de la medida cautela en materia electoral

Como se explicó, el régimen de medidas cautelares del CPACA, sustancialmente distinto en comparación con el del anterior código, es el que me lleva a insistir en que: en casos como en el que nos ocupa, en donde se hace necesario desde sus inicios adoptar una postura de fondo al resolver la solicitud de suspensión provisional, resulta ilustrativo, por decir lo menos, aplicar analógicamente el trámite previsto para el proceso ordinario con el fin de correr traslado, a los sujetos procesales, de la solicitud de la medida cautelar.

Ello, huelga decirlo, contrario a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, lo garantiza de una mejor manera.

Es por lo expuesto que con toda vehemencia he venido sosteniendo que, si bien la normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de la mencionada solicitud se deba correr traslado, lo cierto es que tampoco lo prohíbe, razón por la cual el suscrito considera, y así ha venido haciéndolo, que en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, especialmente de la parte demandada, puede disponerse que previo a decidir sobre la suspensión provisional, se comuniquen los fundamentos de esta solicitud al ciudadano cuyo nombramiento o elección se acusa; a la entidad que expidió el acto demandado, así como también al Ministerio Público, con el fin de que

expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada petición.

En suma, si bien no constituye un requisito indispensable dentro del trámite de los procesos electorales, el traslado de la solicitud de la medida cautelar puede surtirse, a discreción del Magistrado Ponente, aplicando analógicamente las reglas previstas al efecto en el marco de los procesos ordinarios.

5. El estudio que hizo la Sala en el caso concreto

Pues bien, el auto de objeto de aclaración, en su segmento explicativo de la medida cautelar en materia electoral, conserva muchas de las expresiones que hemos cuestionado, y en consonancia con ellas, no efectuó un verdadero análisis de fondo sobre el asunto objeto de controversia.

A mi juicio, la medida precautar estuvo correctamente negada por cuanto la supuesta violación puesta de presente por el actor no se materializa, pero la Sala no explicó juiciosamente las razones por las que ello es así.

Ciertamente, el inciso primero del artículo 190 de la Constitución Política determina con meridiana claridad que en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales alcanza la elección la fórmula que simplemente consiga **el mayor número de votos por ella depositados**, sin exigir ningún otro tipo de calificativo o exigencia.

Es por lo anterior, que coincido con la decisión de la Sala en el sentido de negar la solicitud de suspensión provisional pero, insisto, aquello ha debido explicarse de forma expresa en el texto principal de la providencia.

En los anteriores términos considero explicados los motivos que me llevaron a acompañar, con mi voto, la decisión objeto de aclaración.

Atentamente,

Alberto Yepes Barreiro
Consejero de Estado

COSA JUZGADA MATERIAL - Objeto / COSA JUZGADA - Elementos formales y materiales para su configuración / COSA JUZGADA - Efectos

A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem” y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica. Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 303 del C. G. P. y 189 del CPACA, en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración. El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio. Para ahondar en el tratamiento del tema es necesario ver lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 del CPACA. (...) la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión. Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para todo el mundo y sin importar la causa petendi o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado.

Nota de Relatoría: Sentencias de 27 de noviembre de 2008, Rad. 2000-00803, M. P. Luis Rafael Vergara Quintero. De 18 junio de 1984. Rad. 5985. M. P. Bernardo Ortiz A. Sección Cuarta. De 19 de marzo de 2009, Rad. 2004-00203, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. C-543 de 1192 Corete Constitucional.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 189 / Código General del Proceso - artículo 303

RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que resolvió excepciones / COSA JUZGADA - No existe identidad de causa petendi y de concepto de la violación / NOTARIO - Nombramiento no desconoció el orden establecido en la lista de elegibles

En el presente caso, se cuestiona la legalidad del acto de elección del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá mediante Decreto No. 1855 de 2013.

Contra las decisiones tomadas en audiencia inicial, el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho y el demandado, respectivamente, interpusieron recurso de apelación. El primero adujo que no se debe excluir del presente proceso al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en la medida en que el Presidente expidió el acto acusado y, por tanto, debe estar representado por dicha dependencia. Por su parte, el señor Lombana Téllez insistió en la existencia del fenómeno de cosa juzgada. La Sala anticipa que en el caso objeto de estudio, no se evidencia que se presente el fenómeno de la cosa juzgada material. Los razonamientos hechos, permiten a la Sala concluir que: a) Tanto en el proceso electoral No. 2013-02800, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 3 de julio y del 4 de diciembre de 2014, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala (proceso No. 2013-02808), la demanda recae sobre el acto de nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá. Es decir, que existe identidad de objeto. b) Sin embargo, no existe identidad de causa petendi y de concepto de la violación, lo cual, como se anticipó, desvirtúa la existencia de cosa juzgada. En efecto, en el actual proceso (No. 2013-02808-01), el demandante considera que no puede existir un derecho de preferencia de los notarios para que ocupen una notaría diferente a aquellas para la cual concursaron, sino que cada vez que se presente una vacante su provisión debe hacerse mediante un nuevo concurso. Que, por tal razón, al no existir un nuevo concurso para proveer el cargo de Notario 58 de Bogotá, el nombramiento del señor Téllez Lombana es ilegal, pues “...se encuentra en la lista de elegibles vigente hasta diciembre de 2013, pero quienes la integran solo tienen vocación para ser nombrados en la Notaría sesenta y seis (66) del Círculo de Bogotá, que ya fue adjudicada y está ocupada, y que fue la única notaría ofertada dentro del Círculo Notarial de Bogotá”. Por su parte, dentro del proceso No. 2013-02800, el cargo principal consistió en que el nombramiento del demandado como Notario 58 del Círculo de Bogotá desconoció el orden de la lista de elegibles, pues existían participantes con mejor derecho. Que, por ende, se transgredió el principio del mérito que debe regir el acceso a la carrera notarial. Sobre estos precisos reparos esta Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2014 consideró que “[a] la persona [que] figura en el o los respectivos listados en turno de elegibles, le asiste el derecho ineludible de ser nombrado, siempre y cuando no haya ingresado a la carrera notarial dentro de esa misma categoría”. Que, en efecto, el hecho de aceptar un nombramiento en una notaría de inferior categoría por pertenecer a la lista de elegibles, no implica que se pierda el derecho a ser nombrado en otra notaría de superior categoría, frente a la cual, también se encuentra en lista de elegibles” Que bajo esos parámetros, al comprobarse que el señor Téllez Lombana figuraba en el puesto 8º de la lista de elegibles para el círculo de Bogotá, esta designación “...no desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que todos los participantes que lo antecedían ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la primera categoría,

con lo cual, como se expuso en líneas anteriores, se agotó el objeto del concurso para ellos”. c) Entonces, es claro que la sentencia del 4 de abril de 2014, Exp. 2013- 02800-03, que se encuentra debidamente ejecutoriada, sólo tiene fuerza de cosa juzgada material relativa, pues el asunto en ella debatido no es idéntico al que ahora plantea el señor Luis Agustín Castillo. Es decir, no existe identidad de hechos, censuras y causa petendi. En otras palabras, tal decisión es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pero sólo en lo que tiene que ver con los reparos o motivos de impugnación que se alegaron en dicho proceso, que, valga la pena aclarar, si bien guardan relación con el presente caso, no son exactamente los mismos que propone el señor Luis Agustín Castillo. Dentro de este contexto, se negará la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02808-03

Actor: Luis Agustín Castillo Zarate

Demandado: Notario Cincuenta y Ocho del Círculo de Bogotá

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusieron el apoderado de la parte demandante y el Ministerio de Justicia y Derecho contra la decisión del 20 de febrero de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, que resolvió las diferentes excepciones que se presentaron dentro del proceso de la referencia. Para tal efecto, se tiene:

ANTECEDENTES

- El señor Luis Agustín Castillo Zárate, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes nombramientos de notarios del círculo de Bogotá: i) de Mauricio Eduardo García-Herreros como Notario 12 y ii) de Fernando Téllez Lombana Eduardo como Notario 58.

- Por auto del 18 de septiembre de 2013, se le concedió al actor un término de 3 días para que separara sus pretensiones en demandas diferentes, pues existía indebida acumulación.

- En cumplimiento de dicha providencia, el demandante solicitó que se declare la nulidad parcial del Decreto No. 1855 del 29 de agosto de 2013, proferido por "...el Gobierno nacional en cabeza del señor Presidente de la República...", mediante el cual nombró en propiedad como Notario Cincuenta y Ocho del Círculo de Bogotá, al señor Fernando Téllez Lombana, así

como de la Resolución No. 9434 del 5 de septiembre de 2013, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro por medio de la cual se confirmó dicho nombramiento.

- Mediante auto del 20 de noviembre de 2013, se remitió por competencia el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

- Esa Corporación, mediante auto del 30 de julio de 2014, admitió la demanda y ordenó las notificaciones del caso.

- Por auto del 9 de febrero de 2015, se fijó como fecha para la celebración de la audiencia el día 20 de febrero de 2015.

- En esa diligencia, el magistrado conductor del proceso, después de precisar que no había irregularidad alguna que sanear, al referirse a la excepción que propuso el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que denominó "indebida representación judicial de la Nación", manifestó:

"(...) la excepción está sustentada en el hecho de que la actuación demandada no fue desarrollada por el Presidente de la República sino por el Gobierno nacional y en nombre de la Nación, la cual debe estar representada en los procesos contenciosos administrativos por las autoridades señaladas en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto, se observa que el Presidente de la República no forma parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial ni ha intervenido en el desarrollo del concurso de notarios; el hecho de que su firma se encuentre en algunos decretos es consecuencia directa del concurso o de órdenes judiciales frente a las que no cabía margen de discrecionalidad o arbitrariedad alguna. De tal suerte, que en ese caso se configura la excepción de indebida representación del demandado prevista en el numeral 1 del artículo 97 del C. P. C. Como lo ha precisado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien en asuntos como el de la referencia en el que el acto administrativo acusado es suscrito por el Presidente de la República y al propio tiempo por el Ministro respectivo, la participación de aquel es residual y subsidiaria, razón por la cual la representación de la Nación debe efectuarse a través del Ministerio de Justicia y de Derecho, tal como lo establece el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, norma según la cual en los procesos contencioso administrativos la entidad, órgano y organismo estatal estará representado por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contratarlo General de la República o Fiscal General de la Nación, o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o que produjo el hecho. En el presente asunto el Ministro de Justicia y del Derecho ejercer la representación legal de la Nación y, por consiguiente, el medio exceptivo está llamado a prosperar. Por lo tanto, se excluye de este proceso como parte demandada a la Presidencia de la República".

De igual manera, manifestó que la excepción de existencia de cosa juzgada que propuso el demandado en un escrito aparte de la contestación de la demanda se presentó "en forma

extemporánea e igualmente no se anexó la prueba por medio de la cual se podría estudiar dicha excepción".

- Contra esas decisiones el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho y el demandado, respectivamente, interpusieron recurso de apelación. El primero adujo que no se debe excluir del presente proceso al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en la medida en que el Presidente expidió el acto acusado y, por tanto, debe estar representado por dicha dependencia. Por su parte, el señor Lombana Téllez insistió en la existencia del fenómeno de cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

Competencia

En los términos de los artículos 180 del CPACA, corresponde a esta Sección decidir la apelación que interpuso el demandante contra la decisión de primera instancia del 20 de febrero de 2015.

Asunto objeto de estudio

En el presente caso, se cuestiona la legalidad del acto de elección del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá mediante Decreto No. 1855 de 2013.

El magistrado conductor del proceso en el trámite de la audiencia inicial determinó que:

Debía excluirse del presente asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, pues el Ministerio de Justicia y del Derecho es el llamado a ejercer la representación de la Nación.

Que la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, se propuso de forma extemporánea. Que, además, tampoco obraba elemento alguno que permitiera evidenciarla.

- La Sala revocará la decisión de excluir del trámite al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con fundamento en las siguientes razones:

Es evidente que el acto de nombramiento del demandado como Notario 58 del Círculo de Bogotá fue expedido por el Presidente de la República junto con el Ministro de Justicia y del Derecho.

Por consiguiente, era lógico que la notificación de la demanda se efectuase tanto al señor Presidente de la República como al señor Ministro, autoridades que para el caso en particular constituyen el Gobierno nacional¹, que, valga la pena aclarar, de forma ineludible deben estar representadas en el proceso.

¹ El Gobierno nacional en los términos del artículo 115 Superior, está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos: "El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno".

Es decir, a juicio de la Sala, en lo que atañe a la defensa del Ministerio de Justicia y de Derecho, esta se encuentra a cargo del Ministro o de quien haya designado para tal efecto. Dicha representación no tiene la potencialidad de comprender la del Presidente de la República, pues se trata de una autoridad diferente.

Así, la intervención del Presidente de la República en el trámite del presente proceso de nulidad electoral debe ejercerse por intermedio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, pues en los términos del Decreto 3443 de 2010, por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Bajo tales precisiones, la vinculación de dichas autoridades así cumplida atendió lo que prevé el artículo 159 del CPACA, conforme al cual "la entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el ministro, director de departamento administrativo...".

Por tal razón, contrario a lo expuesto por el a quo, no estaba llamada a prosperar la excepción de indebida representación judicial de la Nación.

-En relación con la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, la Sala pone de presente que, como regla general, es durante el término de traslado de la demanda, específicamente, con la contestación de la demanda, la etapa procesal pertinente para que el demandado, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, proponga las excepciones del caso.

En efecto, según las voces del artículo 175 del CPACA. "el demandado tendrá la facultada de contestar la demanda mediante escrito que, entre otras cosas, contendrá... 3. Las excepciones".

Asimismo, según los términos del artículo 282 del Código General del Proceso, "...cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia".

En el presente caso, el señor Téllez Lombana contestó la demanda mediante escrito del 2 de septiembre de 2014. En esa oportunidad no manifestó argumento alguno en relación con la posible configuración del fenómeno de cosa juzgada.

Sólo hasta el día 13 de enero de 2015, mediante memorial que obra a folio 525 del expediente, solicitó al magistrado conductor del proceso que declarara excepción de cosa juzgada, pues, a su juicio, existe identidad de causa y objeto respecto del proceso No. 2013-02800-01, que se decidió en segunda instancia por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de diciembre de 2014.

Es decir, si bien ya había fenecido la etapa procesal para contestar la demanda, ante un nuevo hecho -la notificación de

la citada decisión-, el a quo en aras de garantizar los principios de eficiencia y economía procesales, debió pronunciarse de fondo sobre la excepción en cuestión.

Como no lo hizo, lo procedente es que en esta etapa, la Sala resuelva tal aspecto, para lo cual se tendrá en cuenta lo siguiente:

A. De la cosa juzgada material

A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem”² y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica.

Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 303 del C.G.P. y 189 del CPACA, en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico.

Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para ahondar en el tratamiento del tema es necesario comenzar por reproducir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 189 del CPACA, que a la letra dice:

“Artículo 189. Efectos de la sentencia. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política,

tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor. Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria.

De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá oponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo en cuenta los parámetros de la legislación laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición”.

Esta Corporación con relación a la figura de la cosa juzgada, ha precisado:

“...; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del petitum que no prosperó, porque aún cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente petitum y dejar de regir para ese efecto”. Sentencia de junio 18 de 1984. Expediente 5985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Bernardo Ortiz A.).

De esta forma, la sentencia que niega la anulación del acto acusado produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero sólo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados, lo que significa que por esos mismos motivos no podrá instaurar la misma parte o un tercero una nueva acción de nulidad contra el acto que fue objeto de la primera decisión.

Pero en cambio, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes (para

² Consejo de Estado. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. Exp. 2000-00803.

todo el mundo y sin importar la causa petendi o los argumentos alegados), situación que impide que pueda presentarse un nuevo pronunciamiento en relación con el acto acusado³.

Sobre este punto, esta Corporación en sentencia del 19 de marzo de 2009, se pronunció en el siguiente sentido:

“(…)

En lo atinente a la connotación de cosa juzgada, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a distinguir dos clases de la misma, denominadas cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial, las cuales, siguiendo al tratadista Eduardo J. Couture, dependen o están determinadas por las circunstancias de la impugnabilidad y de la inmutabilidad del asunto jurídico de que se trate, de suerte que habrá cosa juzgada formal cuando pese a que se han surtido o agotados los recursos, la eficacia de la decisión judicial es transitoria. “Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo en presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”, en voces del citado tratadista; quien concluye que “Existe cosa juzgada sustancial cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior”. M. P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Exp. 2004-00203.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, al respecto dijo: “La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces”⁴.

B. Del caso concreto

La Sala anticipa que en el caso objeto de estudio, no se evidencia que se presente el fenómeno de la cosa juzgada material. Para efectos de sustentar esta afirmación, se pone de presente que, en el sub examine, aparece que:

³ Sobre este punto, la doctrina se ha pronunciado en el siguiente sentido: “Cuando un acto ha sido declarado nulo por ilegalidad, esta ilegalidad se reputa objetivamente establecida y por consiguiente producirá efectos respecto de todo el mundo (efectos en el espacio). Pero como también la anulación borra el acto del ordenamiento, en tal forma que puede considerarse como si no hubiera existido jamás, sin que sea necesario hablar de retroactividad, porque la sentencia implica la invalidación del acto desde la misma fecha de expedición, se entiende que esos mismos efectos están mirados desde una perspectiva temporal (efectos en el tiempo). Con todo, esta posición no es absoluta y presenta ciertos atenuantes. En primer lugar, la nulidad del acto de nombramiento de un funcionario lo invalida desde su origen pero los actos por él expedidos entre su nombramiento y la sentencia de nulidad son válidos...”. Weil citado por Betancour Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Librería Señal Editora, Medellín, 2009, pág. 520.

⁴ M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes. D-056 y D-092.

Que el señor Luis Agustín Castillo, en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral contra el nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Circuito de Bogotá (Folio 1-24). Ese proceso electoral fue identificado con el número 2013-02808.

En síntesis, como sustento de la demanda aduce que el “... favorecido no concursó para ocupar el cargo en el que fue nombrado, como se desprende de la mera lectura del Decreto Ejecutivo 1855, que en ningún párrafo o aparte se dice que haya realizado un concurso notarial para la provisión de la Notaría 58 y menos aún que su beneficiario haya ganado tal cargo mediante concurso”.

Que el nombramiento “...violó además el inciso segundo del artículo 131 de la Constitución Política de Colombia, los derechos fundamentales a la igualdad, a acceder a cargos públicos y al debido proceso, que tienen los abogados en general y específicamente por no ser notarios carecen de la preferencia a que se refiere el numeral 1 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, norma inexistente por inconstitucional”. Que la designación en cuestión “...se realizó acudiendo a la lista de elegibles del segundo concurso notarial, la cual fue expedida por el Acuerdo 29 de 2011 del Consejo Superior de la Carrera Notarial. Aunque esta lista de elegibles se encuentra vigente, no tiene vocación para realizar tal designación, según clara y reiterada jurisprudencia (T-654 de 2011)”, según la cual las plazas que no correspondan a la convocatoria o que con posterioridad resulten vacantes requerirán de un nuevo concurso.

Alega que ante la vacancia que se presentó en dicha notaría, el Gobierno nacional ha debido declarar tal situación y nombrar un notario en interinidad.

Aunado a lo anterior, considera que:

“(…)[El demandado concursó en el segundo concurso notarial, que terminó en diciembre de 2011 con la publicación de la lista de elegibles para la Notaría 66 del Circuito de Bogotá, que fue la única notaría ofertada en dicho concurso para Bogotá, y en la cual fue nombrado el doctor Óscar Fernando Martínez. En el inciso segundo del artículo segundo de la Ley 588 de 2008, leemos. En caso de vacancia si no hay lista vigente de elegibles, podrá el nominador designar notarios en interinidad, mientras el organismo competente realiza el respectivo concurso. Y no hay lista de elegibles aplicable - aunque haya vigente una - cuando el único cargo a proveer ya fue ocupado con un integrante de esa misma lista, pues así las cosas no hay cargo a proveer. El doctor Fernando Téllez Lombana se encuentra en la lista de elegibles vigente hasta diciembre de 2013, pero quienes la integran solo tienen vocación para ser nombrados en la Notaría Sesenta y Seis (66) del Circuito de Bogotá, que ya fue adjudicada y está ocupada, y que fue la única notaría ofertada dentro para (sic) para el Circuito Notarial de Bogotá. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en señalar que quienes integran la lista de elegibles sólo pueden acceder mediante ellas para

ocupar cargos ofertados mediante convocatoria al respectivo concurso y no los que posteriormente queden vacantes, pues tales vacantes requieren de un nuevo concurso”.

(...) el régimen de privilegios para la designación de notarios en propiedad, anterior a la Constitución de 1991, del cual es expresión inequívoca el numeral 3 del Decreto 178 del Decreto 960 de 1970, por cuanto favorece a unos (los que para ser nombrados notarios en propiedad no necesitan concursar) en detrimento de otros (los que aunque quieren concursar no pueden hacerlo porque los concursos para proveer notarias vacantes no son convocados), evidentemente pasó a ser inconstitucional con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, que consagra como derechos fundamentales los de igualdad, el acceso a los cargos públicos y el debido proceso. (...) La organización gremial de los notarios no puede seguir manejando el notariado como feudo propio ni situarse por encima de la Constitución Política, ni los notarios puede “tener derecho de preferencia”, para ocupar otros cargos de notarios distintos a aquellos para los cuales concursaron. Los notarios que pretenden cambiar de notaria deben presentarse a un nuevo concurso para conseguirlo. El traslado de notarios sin que medie concurso y el no llamamiento a concurso para proveer los cargos vacantes de notarios, constituye un hecho contrario a los derechos fundamentales a la igualdad, a ocupar cargos públicos y al debido proceso.

Que por auto del 16 de enero de 2014, el a quo rechazó la demanda, decisión que fue revocada por la providencia del 17 de julio de ese mismo año, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación. (Folios 221-224).

Que, como consecuencia de la referida revocatoria, el Tribunal Administrativo Cundinamarca, mediante auto del 30 de julio de 2014, admitió la demanda y ordenó las notificaciones del caso. (Folios 233-235).

Que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se tramitó también otro proceso de nulidad electoral, identificado con el No. 2013-2800-00, promovido por otro ciudadano (el señor Juan Francisco Forero Gómez) pero en contra del mismo acto de nombramiento del señor Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá.

Que, en síntesis, el sustento de esa demanda fue el siguiente:

“(…) Que el acto acusado desconoció la lista de elegibles, pues nombró al señor Téllez Lombana como Notario 58 de Bogotá cuando existían personas mejor ubicadas en dicha lista y que, por tanto, tenían mejor derecho que el demandado.

Que del artículo 11 del Decreto 3454 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 926 de 2007, se concluye que “habrá tantas listas de elegibles como círculos convocados, razón por la cual no puede interpretarse como única la lista contenida en el Acuerdo 29 de 2011, cuando contienen decisiones independientes entre sí”.

Manifestó que no existe disposición alguna que prevea cuál es la consecuencia que se genera por estar inscrito para más de un círculo notarial o por pertenecer a más de una lista de elegibles. Por consiguiente, no es posible que se excluya a los participantes por el hecho de aceptar la correspondiente nominación en un círculo notarial diferente. Que esta circunstancia imposibilitaría que el participante siga apareciendo en la lista de elegibles de ese preciso círculo, mas no respecto de las demás categorías y círculos notariales.

Que en el caso concreto, si bien los primeros 5 participantes fueron designados en el círculo notarial de Bogotá (excepto uno que luego prefirió otro círculo), es lo cierto que quienes figuraban en el puesto 6º y 7º habían sido nombrados para el círculo de Medellín. Por tal razón, ellos tenían la primera opción para ser nombrados en la Notaría 58 de Bogotá, toda vez que no habían perdido su derecho. Sin embargo se nombró al demandado, quien ocupó el lugar 8º en la lista de elegibles en Bogotá” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Que en este proceso de nulidad electoral No. 2013-2800-00 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante sentencia del 3 de julio de 2014, denegó las súplicas de esa demanda.

Que esa negativa se confirmó mediante sentencia del 4 de diciembre de 2014, proferida por esta Sección, pero por las razones expuestas en la parte motiva de dicha providencia, que corresponden al siguiente contenido:

“(…)”

Jurisprudencia sobre el concurso de méritos contenido en el Acuerdo No. 011 de 2010

En reciente pronunciamiento, esta Sala, después de analizar las características, condiciones y requisitos del concurso de méritos para ingresar a la carrera notarial⁵, que tuvo lugar con la convocatoria contenida en el Acuerdo No. 011 de 2010, consideró que éste no constituía un único concurso que se agotaba con el nombramiento del participante en cualquier círculo notarial, sino que, por el contrario, se estaba en presencia de “tres concursos”, uno por cada categoría de círculo notarial”, los cuales se agotaban para la persona que ingresa a la carrera notarial dentro de esa categoría y no respecto de la demás”.

Que, en efecto, el hecho de que para cada categoría se exigieran requisitos distintos y de que se practicaran pruebas diferentes⁶, permitía concluir que aquel participante que se inscribió en

5 De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional y en los términos del artículo 131 de la Constitución Política, el concurso de méritos es la única manera que existe a fin de ingresar a la carrera notarial. Así, el nombramiento se hará teniendo en cuenta el estricto orden que la lista de elegibles prevea para cada caso en particular, la cual es presentada por el Consejo Superior de la Carrera Notarial.

HWnotaría(s) que aspira, así como el tipo de cuadernillo que recibirá. Es importante tener en cuenta que un examinado puede concursar para diversas notarias en diferentes categorías.

tres categorías, lo hizo para tres concursos. Máxime si se tiene en cuenta que “i) los participantes podían inscribirse a más de un círculo notarial” y ii) por cada círculo se expidió una lista de elegibles (sin importar las categorías)”.

Bajo esas premisas, se concluyó que.

“(…) una vez “la persona figura en el o los respectivos listados en turno de elegibles, le asiste el derecho ineludible de ser nombrado, siempre y cuando no haya ingresado a la carrera notarial dentro de esa misma categoría. En efecto, tiene razón el delegado del Ministerio Público, quien consideró que “no es posible inferir que por razón de la designación del concursante en un cargo de categoría inferior al cual figura en la lista de elegibles se pierda el derecho a ser nombrado en el cargo en el que está en turno en la lista”.

En ese orden de ideas, tiene razón el demandante, quien considera que el hecho de aceptar un nombramiento en una notaría de inferior categoría por pertenecer a la lista de elegibles, no implica que se pierda el derecho a ser nombrado en otra notaría de superior categoría, frente a la cual, también se encuentra en lista de elegibles”.

Categoría del círculo notarial en el cual se encuentra(n) la(s) notaría(s) a la(s) que aspira			Prueba	No. de preguntas
Primera	Segunda	Tercera		
X			C1	80
	X		C2	80
		X	C3	60
X		X	C4	80
	X	X	C5	80
X	X		C6	100
X	X	X	C7	100

De acuerdo con la información presentada en la tabla 1, si un concursante aspira solamente a notarías que se encuentran en círculos de tercera categoría presentará la prueba C3 que contiene 60 preguntas. Si un concursante se presenta para notarías ubicadas en círculos de primera categoría presentará la prueba C1 y contestará 80 preguntas. Por otro lado, si un concursante aspira a notarías en primera y segunda categoría responderá la prueba C6 que contiene 100 preguntas, y si aspira a notarías en las tres categorías presentará la prueba C7 que contiene 100 preguntas. Cada prueba puede estar conformada por uno, dos o tres componentes; un componente de núcleo común que será contestado por todos los concursantes sin excepción, un componente de énfasis para segunda categoría y otro para primera. (...). Aunque las pruebas pueden variar en cuanto a componentes, longitud, contenidos y nivel de dificultad de acuerdo con las categorías de las notarías a las que aspira el concursante, éstas comparten unas características comunes relacionadas con los tipos de preguntas, procesos cognitivos y dimensión del conocimiento a evaluar, y los procedimientos empleados para analizar y calificar las pruebas” (Negrillas fuera de texto).

En efecto, en la fase de análisis de méritos y antecedentes, para quien aspiró a las tres categorías, el concurso verificó el cumplimiento de los requisitos mencionados en precedencia, que el Decreto Ley 960 de 1970 fijó para ocupar cada una de las categorías notariales y por otro lado, las pruebas variaron en cuanto a sus componentes, longitud, contenidos y nivel de dificultad de acuerdo con las categorías de las notarías a las que aspiró el concursante.

7 Mediante sentencia del 11 de marzo de 2010, el Consejo de Estado, Sección Segunda, declaró la nulidad de la expresión “y quienes se presenten a más de un círculo notarial” que estaba contenida en el artículo 4º del Decreto 2454 de 2006 y que preveía esa circunstancia como causal de eliminación del concurso.

Así las cosas, retomando lo probado en el expediente, para la Sala es evidente que, el nombramiento del demandado desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que, como se dijo, si bien la mayoría de quienes lo antecedían ya ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la primera categoría, con lo cual se agotó el objeto del concurso para ellos, otros, aún no han ingresado en esta categoría, es decir, con ocasión de este concurso, y por ende, tenían derecho a ser llamados en lugar del demandado” (negrilla y subrayado fuera de texto original).

(...)

De conformidad con lo expuesto, para la Sala es evidente que el nombramiento del demandado NO desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que todos los participantes que lo antecedían ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la primera categoría, con lo cual, como se expuso en líneas anteriores, se agotó el objeto del concurso para ellos.

Es decir, a diferencia de los otros asuntos que conoció esta Sala en segunda instancia y que terminaron con la declaratoria de nulidad de los respectivos actos de nombramiento de los Notarios 66 de Bogotá y 31 de Medellín⁸, los aspirantes que se encontraban en mejor posición en la lista de elegibles respecto del demandado ingresaron efectivamente a la primera categoría notarial, pues sus nombramientos se hicieron en notarías pertenecientes a los círculos de Bogotá, Medellín y Bucaramanga.

Situación diferente es que el actor considere que a pesar de haber ingresado a dicha categoría notarial, los aspirantes ubicados en el 6º y 7º lugar de la lista de elegibles, respectivamente, conservaban el derecho a optar por una notaría en Bogotá, lo cual no es admisible según la jurisprudencia de esta Sala.

Se reitera que los participantes mantienen su derecho a ser nombrados y, por tanto, conservan su posición en la lista de elegibles, siempre y cuando han aceptado el nombramiento en una notaría de inferior categoría y aspiran a una notaría de orden superior, pues con fundamento en el principio del mérito tienen derecho a ser designados en el cargo para el cual concursaron, bajo la aclaración de que respecto de la carrera notarial, con la convocatoria del año 2010, se efectuaron tres concursos (uno respecto de cada categoría notarial) y, por tanto, existieron tres listas de elegibles.

Como la anterior hipótesis no se presenta en el caso objeto de estudio, a juicio de la Sala, es claro que el nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana no desconoció el principio del mérito que rige la carrera notarial, pues a efectos de tal designación se observó el estricto orden de la lista de elegibles.

El hecho de que los señores Héctor Adolfo Sintura Varela y Mauricio Emilio Amaya hubiesen sido nombrados en el círculo de Medellín en notarías de categoría uno, implica que se agotó

8 Expedientes. 2013-02805 y 2014-0005.

el concurso respecto de ellos. Por tanto, no tenían derecho a ser llamados para proveer la Notaría 58 de Bogotá de primera categoría, pues, se reitera, ya habían ingresado a la carrera notarial en idéntica categoría⁹.

Por estas razones, había lugar a denegar las pretensiones de la presente demanda, pero por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, como se anticipó, se impone confirmar la sentencia apelada”.

Los anteriores razonamientos permiten a la Sala concluir que:

a) Tanto en el proceso electoral No. 2013-02800, que dio origen a las sentencias de primera y segunda instancia del 3 de julio y del 4 de diciembre de 2014, proferidas, respectivamente, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera y por el Consejo de Estado, Sección Quinta, como en el que ahora ocupa la atención de la Sala (proceso No. 2013-02808), la demanda recae sobre el acto de nombramiento del señor Fernando Téllez Lombana como Notario 58 del Círculo de Bogotá. Es decir, que existe identidad de objeto.

b) Sin embargo, no existe identidad de causa petendi y de concepto de la violación, lo cual, como se anticipó, desvirtúa la existencia de cosa juzgada.

En efecto, en el actual proceso (No. 2013-02808-01), el demandante considera que no puede existir un derecho de preferencia de los notarios para que ocupen una notaría diferente a aquellas para la cual concursaron, sino que cada vez que se presente una vacante su provisión debe hacerse mediante un nuevo concurso.

Que, por tal razón, al no existir un nuevo concurso para proveer el cargo de Notario 58 de Bogotá, el nombramiento del señor Téllez Lombana es ilegal, pues “...se encuentra en la lista de elegibles vigente hasta diciembre de 2013, pero quienes la integran solo tienen vocación para ser nombrados en la Notaría Sesenta y Seis (66) del Círculo de Bogotá, que ya fue adjudicada y está ocupada, y que fue la única notaría ofertada dentro del Círculo Notarial de Bogotá”.

Por su parte, dentro del proceso No. 2013-02800, el cargo principal consistió en que el nombramiento del demandado como Notario 58 del Círculo de Bogotá desconoció el orden de la lista de elegibles, pues existían participantes con mejor derecho. Que, por ende, se transgredió el principio del mérito que debe regir el acceso a la carrera notarial.

Sobre estos precisos reparos esta Sala en sentencia del 4 de diciembre de 2014 consideró que “[a] la persona [que] figura en el o los respectivos listados en turno de elegibles, le asiste el derecho ineludible de ser nombrado, siempre y cuando no haya ingresado a la carrera notarial dentro de esa misma categoría”.

⁹ Valga la pena aclarar que la persona que se encontraba en segundo lugar en la lista de elegibles, fue nombrado inicialmente en el círculo notarial de Bogotá, pero luego prefirió el círculo notarial de Bucaramanga, que también es de primera categoría.

Que, en efecto, el hecho de aceptar un nombramiento en una notaría de inferior categoría por pertenecer a la lista de elegibles, no implica que se pierda el derecho a ser nombrado en otra notaría de superior categoría, frente a la cual, también se encuentra en lista de elegibles”.

Que bajo esos parámetros, al comprobarse que el señor Téllez Lombana figuraba en el puesto 8º de la lista de elegibles para el círculo de Bogotá, esta designación “...NO desconoció el orden establecido en la lista de elegibles, toda vez que todos los participantes que lo antecedían ingresaron a la carrera notarial en un círculo perteneciente a la primera categoría, con lo cual, como se expuso en líneas anteriores, se agotó el objeto del concurso para ellos”.

c) Entonces, es claro que la sentencia del 4 de abril de 2014, Exp. 2013- 02800-03, que se encuentra debidamente ejecutoriada, sólo tiene fuerza de cosa juzgada material relativa, pues el asunto en ella debatido no es idéntico al que ahora plantea el señor Luis Agustín Castillo. Es decir, no existe identidad de hechos, censuras y causa petendi.

En otras palabras, tal decisión es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, pero sólo en lo que tiene que ver con los reparos o motivos de impugnación que se alegaron en dicho proceso, que, valga la pena aclarar, si bien guardan relación con el presente caso, no son exactamente los mismos que propone el señor Luis Agustín Castillo.

Dentro de este contexto, se negará la excepción de cosa juzgada que propuso el demandado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Primero: Revocar la decisión del a quo de excluir del presente asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Segundo. Negar la excepción de cosa juzgada que propuso el señor Luis Agustín Castillo.

Tercero. En firme esta providencia, **devuélvase** la actuación al Tribunal de origen para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

JUECES ADMINISTRATIVOS - Competencia en primera instancia para conocer de la nulidad del acto de elección de miembros de juntas o consejos directivos de entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal / CONSEJO DE ESTADO - Falta de competencia funcional para decidir en segunda instancia de la nulidad del acto de elección de miembros de juntas o consejos directivos de entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal / RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que declaró probada la excepción de caducidad

Sería del caso resolver la apelación que presentó el apoderado del Hospital de Kennedy contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, en el sentido de declarar la caducidad de la demanda de nulidad electoral que ejerció contra la elección del señor Fabio Heliodoro Martínez Pacheco como Representante del Estamento Científico ante la Junta Directiva del referido Hospital. No obstante, advierte el Despacho que esta Corporación no tiene competencia funcional para pronunciarse al respecto por las siguientes razones: Durante el trámite de la Audiencia de Inicial, al resolver las excepciones que propuso el apoderado judicial del demandado con la contestación de la demanda, el magistrado conductor del proceso declaró probada la excepción de caducidad de la acción electoral, pues la elección del señor Heliodoro Martínez Pacheco como representante del estamento científico ante la Junta Directiva del Hospital de Kennedy tuvo lugar el día 6 de noviembre de 2013 y la demanda se interpuso el 13 de marzo de 2014, esto es, por fuera del término que para tal efecto prevé el artículo 164 del CPACA, que vencía el 14 de enero de 2014. Que en conclusión el actor debió acudir a la jurisdicción teniendo en cuenta que el término de caducidad se cuenta desde el día siguiente al momento de la elección, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

En esa misma audiencia, el apoderado de la entidad demandante interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, el cual fue concedido en esa misma diligencia. El Hospital de Occidente de Kennedy es una Empresa Social del Estado, descentralizada del orden distrital, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículos 194, 195, y 197 de la Ley 100 de 1993. (Artículo 3° del Acuerdo 17 de 1997 del Concejo de Bogotá, D. C.). De acuerdo con lo anterior, es evidente que el proceso de la referencia es de competencia del Tribunal Administrativo en única instancia, pues tiene como objeto la declaratoria de nulidad de la elección un miembro de la Junta Directiva de una entidad pública del orden distrital. Por ende, esta Corporación carece de competencia para pronunciarse respecto de la apelación que la parte actora interpuso contra el auto que declaró la caducidad de la acción. Entonces, ante la falta de competencia funcional de esta Corporación para decidir en segunda instancia el presente asunto, se impone

dejar sin efecto todo lo actuado desde la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que concedió la apelación contra la declaratoria de caducidad de la acción, inclusive. En consecuencia, se ordenará de manera inmediata remitir el expediente a esa Corporación, para lo de su cargo.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 151 numeral 11

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00414-00

Actor: Hospital de Occidente de Kennedy III Nivel ESE

Demandado: Representante del Estamento Científico ante la Junta Directiva del Hospital de Occidente de Kennedy

Sería del caso resolver la apelación que presentó el apoderado del Hospital de Kennedy contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, en el sentido de declarar la caducidad de la demanda de nulidad electoral que ejerció contra la elección del señor Fabio Heliodoro Martínez Pacheco como Representante del Estamento Científico ante la Junta Directiva del referido Hospital.

No obstante, advierte el Despacho que esta Corporación no tiene competencia funcional para pronunciarse al respecto por las siguientes razones:

- El Hospital de Occidente de Kennedy - ESE, por intermedio de apoderado, instauró ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda de nulidad electoral en contra de la elección del señor Fabio Heliodoro Martínez Pacheco como Representante a la Junta Directiva del referido Hospital, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

"Se declare nulo el acto de posesión expedido por el Secretario de Salud Distrital mediante el cual se nombró a Fabio Heliodoro Martínez Pacheco en la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Hospital de Occidente de Kennedy III Nivel como representante del estamento científico el día de febrero de dos catorce (2014).

Se declare nula el "Acta Comisión Escrutadora de la Elección del Representante del Estamento Científico de la Institución de la Junta Directiva del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel", expedida por el Hospital Occidente de Kennedy..., fechada el seis de noviembre de dos mil trece (2013) por la cual se declaró a FABIO HELIODORO MARTÍNEZ PACHECO..., con mayor votación.

Se declare nulo el acto por medio del cual el Hospital Occidente de Kennedy..., conformó el censo electoral para habilitar a

los votantes en el proceso de elección del representante del estamento científico ante su junta directiva sin fecha.

Se declare nulo el acto de convocatoria proferido por el Hospital Occidente de Kennedy, el 23 de octubre de 2013 por medio del cual se dio inicio al procedimiento electoral para elegir al representante del estamento científico ante su junta directiva”.

Asimismo, solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

-Por auto del primero de abril de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, se le concedió al actor un término de 3 días para que adecuara debidamente sus pretensiones, pues varias de ellas no encajaban en el objeto de la acción de nulidad electoral (folios 32-35).

- En cumplimiento de dicha providencia, el demandante corrigió la demanda en el sentido de formular únicamente las dos primeras pretensiones que figuraban en el escrito inicial. Asimismo, reiteró la solicitud de suspensión provisional (folios 36-38).

-Mediante auto del 24 de abril de 2014, el Tribunal admitió la demanda, negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado y ordenó las notificaciones del caso (folios 41-45).

-Por auto del 24 de junio de 2014, fijó el día 4 de agosto de 2014, como fecha para celebrar la audiencia de que trata el artículo 283 del CPACA (folios 192-193).

-Durante el trámite de la Audiencia de Inicial, al resolver las excepciones que propuso el apoderado judicial del demandado con la contestación de la demanda, el magistrado conductor del proceso declaró probada la excepción de caducidad de la acción electoral, pues la elección del señor Heliodoro Martínez Pacheco como representante del estamento científico ante la Junta Directiva del Hospital de Kennedy tuvo lugar el día 6 de noviembre de 2013 y la demanda se interpuso el 13 de marzo de 2014, esto es, por fuera del término que para tal efecto prevé el artículo 164 del CPACA, que vencía el 14 de enero de 2014.

Adujo que contra dicha elección no procedía recurso alguno y que, por ende, el hecho de que se interpusiera un recurso de reposición contra dicha declaratoria que no era viable “denota que la parte actora actuó de manera dilatoria y ella hizo que se le pasara el término para interponer la acción”. Que la interposición de ese recurso abiertamente improcedente “no suspende el término de caducidad y la parte que así lo decide debe estar en total seguridad de que no se le va a pasar el término de caducidad o que asume el riesgo que corre al no asesorarse bien o desconocer la ley al hacer uso de vías que no operan”.

Que en conclusión el actor debió acudir a la jurisdicción teniendo en cuenta que el término de caducidad se cuenta

desde el día siguiente al momento de la elección, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

-En esa misma audiencia, el apoderado de la entidad demandante interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, el cual fue concedido en esa misma diligencia.

Empero, el artículo 151 del CPACA es enfático en prescribir que los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

“(…)

9. De la nulidad del acto de elección de alcaldes y de miembros de corporaciones públicas de municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE).

10. De la nulidad de los actos de elección expedidos por las asambleas departamentales y por los concejos municipales en municipios de setenta mil (70.000) habitantes o más que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE).

11. De la nulidad del acto de elección de miembros de juntas o consejos directivos de entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal.

12. De los de nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación.

13. De los de nulidad electoral del acto de elección de los empleados públicos de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden distrital y departamental”.

El Hospital de Occidente de Kennedy es una Empresa Social del Estado, descentralizada del orden distrital, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículos 194, 195, y 197 de la Ley 100 de 1993. (Artículo 3° del Acuerdo 17 de 1997 del Concejo de Bogotá, D. C.).

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el proceso de la referencia es de competencia del Tribunal Administrativo en única instancia, pues tiene como objeto la declaratoria de nulidad de la elección un miembro de la Junta Directiva de una

entidad pública del orden distrital. Por ende, esta Corporación carece de competencia para pronunciarse respecto de la apelación que la parte actora interpuso contra el auto que declaró la caducidad de la acción.

Entonces, ante la falta de competencia funcional de esta Corporación para decidir en segunda instancia el presente asunto, se impone dejar sin efecto todo lo actuado desde la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que concedió la apelación contra la declaratoria de caducidad de la acción, inclusive.

En consecuencia, se ordenará de manera inmediata remitir el expediente a esa Corporación, para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

Primero. Dejar sin efecto todo lo actuado dentro del presente proceso de la referencia, a partir del auto que concedió la apelación que interpuso el apoderado del Hospital de Kennedy contra la decisión de declarar la caducidad de la acción, inclusive, lo cual tuvo lugar dentro de la celebración de la audiencia inicial.

Segundo. Remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Susana Buitrago Valencia
Consejera de Estado

RECURSO DE APELACIÓN - Contra auto que rechazó la demanda / RECURSO DE APELACIÓN - Proceso era de única instancia por lo que no son susceptibles del recurso de alzada

El recurso de apelación, establecido en el inciso final del artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede contra el auto que rechaza la demanda de nulidad electoral en aquellos procesos tramitados en primera instancia, el cual debe presentarse debidamente sustentado dentro de los dos días siguientes a aquel en que se notifique la decisión. En el asunto bajo estudio, el recurso de apelación propuesto por el apoderado del demandante contra el auto del 29 de septiembre de 2014, dictado en Sala por el Tribunal Administrativo del Magdalena, además de haberse propuesto de manera extemporánea, no era procedente porque a la presente demanda le correspondía otorgarle el trámite de un proceso de única instancia. Como lo establece la norma transcrita, los recursos de reposición, súplica o apelación que se interpongan contra el auto que rechaza la demanda de nulidad electoral, deben presentarse debidamente sustentados dentro de los dos (2) días siguientes a cuando se notifica la decisión, lo que no sucedió en el presente asunto, donde la providencia objeto de recurso se notificó por estado del 3 de octubre de 2014, de lo que se deriva que el demandante contaba hasta el 7 de octubre de 2014 para instaurar el recurso. Comoquiera que éste se radicó hasta el 8 del mismo mes y año, es factible señalar que la oportunidad procesal para tal efecto ya había fenecido. Conforme con lo anterior, al no haberse atendido el criterio de ejercicio oportuno del recurso, el Tribunal Administrativo del Magdalena debió rechazar por extemporánea la apelación ejercida por el apoderado del señor Portillo Roncancio. Sumado a esta consideración, se encuentra que el proceso donde se dictó la providencia recurrida corresponde a un trámite de única instancia en razón a que de acuerdo con la información que reposa en la página web del DANE el censo poblacional del municipio de Tenerife (Magdalena) es de 12.550 personas. Así las cosas, conforme al numeral 1 del artículo 151 del CPACA, a la demanda correspondía conocerse por el Tribunal Administrativo del Magdalena en única instancia, lo que implica que las decisiones que se adopten en dicho trámite no son susceptibles del recurso de alzada.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 276

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00298-01

Actor: Eladio Antonio del Portillo Roncancio

Demandado: Alcalde del Municipio de Tenerife

El Despacho se pronuncia sobre el recurso de apelación que interpuso el apoderado judicial del demandante, señor Eladio Antonio del Portillo Roncancio, contra el auto del 29 de septiembre de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se rechazó la demanda por carecer del requisito de procedibilidad.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El señor Eladio Antonio del Portillo Roncancio, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, demandó la elección del señor Pierino Moscote Hernández como alcalde del municipio de Tenerife (Magdalena), con fundamento en el numeral 7° del artículo 275 del CPACA¹

Pide que se declare la nulidad del acto administrativo² proferido por la Comisión Escrutadora del municipio de Tenerife, mediante el cual se declaró al señor Pierino Moscote Hernández elegido como alcalde de ese ente territorial.

La demanda se sustenta en que el 22 de junio de 2014 se llevaron a cabo elecciones atípicas de alcalde del municipio de Tenerife para el periodo 2014 - 2015.

Que el 24 de agosto de 2011 el Consejo Nacional Electoral, mediante la Resolución 1040, dejó sin efecto la inscripción de 969 cédulas de ciudadanía en Tenerife porque las personas no residían en el municipio.

Informó que una vez se realizaron las votaciones de 2014 en Tenerife consultó la página web del SISBÉN y encontró que 250 personas cuyas cédulas se habían dado de baja en 2011 sufragaron pese a no tener domicilio en ese municipio.

Que, además, verificó que otros 150 votantes tampoco estaban inscritos en el SISBÉN de ese municipio porque aparecen registrados en Santa Marta, Zapatoca, Barranquilla, Valledupar, Plato, etc.

Sostiene que en el Corregimiento Real del Obispo del municipio de Tenerife sufragaron otras 170 personas respecto de las cuales también se logró concluir que no residen en el ente territorial porque aparecen inscritas en el Sisbén de otras ciudades.

Afirma que lo anterior demuestra que a más de 650 personas que no se encontraban habilitadas para votar en el municipio de Tenerife se les permitió inscribirse para elegir el alcalde para el periodo 2014 - 2015, circunstancia que desconoce la verdadera voluntad de quienes sí residen en el ente territorial.

1 "Artículo 275.- Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...) 7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción (...)."

2 No determinó con claridad el acto administrativo a que hace referencia.

2. Trámite en primera instancia

La demanda se presentó ante el Juzgado Séptimo Administrativo de Santa Marta, despacho judicial que por auto de 8 de agosto de 2014³ declaró su falta de competencia para conocer de esta porque al tratarse de la nulidad del acto de elección de un alcalde municipal, la competencia para conocer del proceso correspondía al Tribunal Administrativo del Magdalena en única o primera instancia de conformidad con los numerales 9º del artículo 151 y 8º del artículo 152 del CPACA

Por auto del 4 de septiembre de 2014⁴ el Tribunal Administrativo del Magdalena ordenó corregir la demanda para lo cual la parte actora debía: (i) aportar el traslado para notificar al demandado y, (ii) acreditar que había agotado el requisito de procedibilidad porque el cargo que se sustentaba era el de trashumancia electoral. Concedió el término de 3 días para el efecto.

Dentro del término concedido el apoderado del demandante aportó copia del traslado y, respecto a acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad, manifestó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado tratándose de trashumancia electoral ello no era necesario⁵.

En providencia de 29 de septiembre de 2014, en decisión adoptada por la Sala del Tribunal Administrativo del Magdalena, se rechazó la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad.

Indicó que conforme al párrafo del artículo 237 de la Constitución Política y el numeral 6 del artículo 161 del CPACA era obligación, antes de acudir a la jurisdicción, someter a la autoridad administrativa electoral las inconsistencias presentadas en la votación o en el escrutinio, como la trashumancia electoral, aspecto frente al cual la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció el 12 de agosto de 2013 dentro del expediente 2011-00652-01.

Contra la anterior decisión el apoderado del demandante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación⁶. Sostuvo que la Sección Quinta del Consejo de Estado el 29 de agosto de 2014, dentro del expediente 2014-00062-00, señaló que cuando una autoridad electoral carece de competencia para realizar escrutinios no es exigible el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Que la Resolución 734 de 2010 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se reglamentó ante qué autoridades debía agotarse el requisito de procedibilidad, fue declarada nula por el Consejo de Estado, lo que hacía imposible para los ciudadanos saber ante quien debía cumplirse con el requisito.

Que solo hasta cuando el Congreso de la República expida una Ley Estatutaria reglamentando la materia, el requisito será exigible.

3 Folios 747 y 748 del expediente.

4 Folios 758 y 759 del expediente.

5 Folios 762 a 764 del expediente.

6 Folios 776 y 777 del expediente.

Que, además, la trashumancia es una violación directa al artículo 316 de la Constitución Política y, por ello, no está enlistada como causal de nulidad electoral en los “numerales 3 y 4 del Art. 275 del CPACA”, razón por la que no es necesario agotar requisito de procedibilidad.

Mediante auto del 13 de febrero de 2015⁷ el Tribunal Administrativo del Magdalena rechazó por improcedente el recurso de reposición y concedió el de apelación.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia

De conformidad con los artículos 125⁸ y 293⁹ numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es al Despacho a quien le corresponde resolver sobre la procedencia del recurso de apelación que el apoderado del demandante presentó contra el auto del 29 de septiembre de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual se rechazó la demanda por carecer del requisito de procedibilidad, habida cuenta que el a quo no se ocupó de establecer en que instancia se tramitaba el proceso de la referencia.

2.2 De la procedencia del recurso de apelación

El recurso de apelación, establecido en el inciso final del artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede contra el auto que rechaza la demanda de nulidad electoral en aquellos procesos tramitados en primera instancia, el cual debe presentarse debidamente sustentado dentro de los dos días siguientes a aquel en que se notifique la decisión.

La norma en comentario al respecto, señala:

7 Folio 791 del expediente.

8 “Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica”.

9 “Artículo 293. Trámite de la segunda instancia. El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al tribunal o al Consejo de Estado. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto sobre la admisión del recurso y que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

2. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.

3. Los términos para fallar se reducirán a la mitad de los señalados para la primera instancia.

4. La apelación contra los autos se decidirá de plano.

5. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante”. (Negrita fuera de texto).

“Artículo 276. Trámite de la demanda.

(...)

Contra el auto que rechace la demanda procede el recurso de súplica ante el resto de los Magistrados o de reposición ante el juez administrativo en los procesos de única instancia y el de apelación en los de primera, los cuales deberán presentarse debidamente sustentados dentro de los dos (2) días siguientes al de la notificación de la decisión”.
(Negrita fuera de texto)

En el asunto bajo estudio, el recurso de apelación propuesto por el apoderado del demandante contra el auto del 29 de septiembre de 2014, dictado en Sala por el Tribunal Administrativo del Magdalena, además de haberse propuesto de manera extemporánea, no era procedente porque a la presente demanda le correspondía otorgarle el trámite de un proceso de única instancia.

Como lo establece la norma transcrita, los recursos de reposición, súplica o apelación que se interpongan contra el auto que rechaza la demanda de nulidad electoral, deben presentarse debidamente sustentados dentro de los dos (2) días siguientes a cuando se notifica la decisión, lo que no sucedió en el presente asunto, donde la providencia objeto de recurso se notificó por estado del 3 de octubre de 2014¹⁰, de lo que se deriva que el demandante contaba hasta el 7 de octubre de 2014 para instaurar el recurso. Comoquiera que este se radicó hasta el 8 del mismo mes y año¹¹, es factible señalar que la oportunidad procesal para tal efecto ya había fenecido.

Conforme con lo anterior, al no haberse atendido el criterio de ejercicio oportuno del recurso, el Tribunal Administrativo del Magdalena debió rechazar por extemporánea la apelación ejercida por el apoderado del señor Portillo Roncancio.

Sumado a esta consideración, se encuentra que el proceso donde se dictó la providencia recurrida corresponde a un trámite de única instancia en razón a que de acuerdo con la información que reposa en la página web del DANE¹² el censo poblacional del municipio de Tenerife (Magdalena) es de 12.550 personas.

Así las cosas, conforme al numeral 1 del artículo 151 del CPACA, a la demanda correspondía conocerse por el Tribunal Administrativo del Magdalena en única instancia, lo que implica que las decisiones que se adopten en dicho trámite no son susceptibles del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero. Rechazar el recurso de apelación presentado por el apoderado del señor Eladio Antonio del Portillo Roncancio contra el auto de 19 de septiembre de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Susana Buitrago Valencia
Consejera de Estado

10 Folio 169 y 770 del expediente.

11 Folios 772 a 775 del expediente.

12 Al expediente no se aportó certificación expedida por el DANE sobre el número de habitantes del municipio.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL
- Oportunidad para presentar la demanda /
NULIDAD ELECTORAL - Rechazo de la demanda
por caducidad de la acción / RECHAZO DE LA
DEMANDA - Ya había operado el fenómeno
de la caducidad / RECURSO DE APELACIÓN -
Contra que rechazó la demanda por caducidad
de la acción**

En la actualidad, conforme lo dispone el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral, la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de treinta (30) días contados a partir de su publicación, salvo el caso en el que la elección se haya declarado en audiencia pública, evento en el cual dicho término empezará a contarse a partir del día siguiente a tal diligencia. Pero para situaciones como la que plantea el presente asunto, se aplican las disposiciones del Código Contencioso Administrativo por tratarse de una demanda de nulidad electoral que si bien fue instaurada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, está dirigida contra acto de elección que se profirió cuando regía el C. C. A., y cuyo término de caducidad corrió igualmente bajo la égida de este Estatuto. Por lo tanto frente a estos supuestos, el término de caducidad es de 20 días y se cuenta "a partir del día siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata", como lo rezaba el numeral 12 del artículo 136 del C. C. A.

En el sub examine el acto de elección demandado se profirió el día 13 de marzo de 2012 y el proceso de nulidad electoral se ejerció el 28 de enero de 2015, día en que se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, luego ciertamente se evidencia que transcurrieron mucho más de 20 días, tornándose en inoportuno el ejercicio de la acción. Según los antecedentes que soportan el presente asunto, el acto cuya legalidad se acusa -Resolución No. 1763 de 2012 "por la cual se comisiona y designa al doctor Alberto de Jesús Uribe Corea, como Rector para la Universidad de Antioquia"- fue expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Antioquia el 13 de marzo de 2012 y la demanda de nulidad electoral se presentó el 30 de enero de 2015. La demandante en la impugnación contra el rechazo de la demanda alega que no es posible exigir término para el ejercicio de una acción de nulidad electoral como la que instauró, que es de carácter público, y que va dirigida contra un acto de elección que se desconocía por su falta de publicación. Pero en la demanda como ya se dijo el concepto de violación lo sustentó de manera esencial en que el acto de elección está viciado debido a que la Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Antioquia contentiva del calendario electoral para la elección de rector período 2012-2015, careció de publicación tanto en el diario oficial como en la gaceta departamental, falencia que a su juicio vicia de nulidad la elección que se produjo en desarrollo de ese primer acto general.

Para la Sala, al tratarse entonces de ser la Resolución que fijó el calendario electoral donde recae la censura por la omisión

de su publicación, considera que mucho menos aún puede resultar procedente, como lo pretende la actora, que debido a tal presunta inconsistencia: falta de divulgación del acto general, ello implique que el término de caducidad del acto de elección no haya comenzado a correr. Porque si así fuere, la elección así cumplida jamás tendría caducidad. Fuera de lo anterior, para la Sala es claro que el demandado se posesionó y ha ejercido funciones, actuación de notoriedad pública que de manera eficaz ha publicitado ya por varios años su elección como Rector de ese claustro universitario. Por todo lo anteriormente explicado se impone confirmar la decisión de rechazo de la demanda, por caducidad de la acción.

Fuente formal: Ley 14737 de 2011- artículo 164 numeral A / Código Contencioso Administrativo - artículo 136 numeral 12

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-00121-01

Actor: Eliana Marcela Montoya Román

Demandado: Universidad de Antioquia

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandante contra el auto de 17 de febrero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de rechazo de la demanda, en el proceso de nulidad electoral que instauró la señora Eliana Marcela Montoya Román, por haber hallado el Tribunal configurado el fenómeno de caducidad.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad electoral¹ y actuando en nombre propio, la señora Eliana Marcela Montoya Román solicitó declarar nulo el acto de elección del señor Alberto de Jesús Uribe Correa como Rector de la Universidad de Antioquia, contenido en la Resolución No. 1763 del 13 de marzo de 2012 del Consejo Superior de dicho ente universitario.

La pretensión anulatoria está fundamentada básicamente en que "el Consejo Superior expidió una resolución previa con el calendario para la designación de Rector del período 2012-2015 sin publicarla en el diario Oficial o en la Gaceta Departamental -art. 119 Ley 489, art. 7 Ley 962, art 65 Ley 1437- violando el deber de publicidad". Alega la demandante que esta Corporación ha sostenido que la falta de publicación del acto general si bien no es causal de nulidad, sí se erige en presupuesto de validez del acto de carácter particular que se expide con fundamento en él, y que entonces por tal razón

¹ Presentada el 30 de enero de 2015.

la designación del Rector Alberto Uribe Correa está viciada de nulidad.

Argumenta también que el deber de publicación en el diario oficial o en la Gaceta Departamental, de nuevo se omitió frente al acto de elección, reiterando que la falta de publicación de la convocatoria afectó la validez de este último de contenido particular y concreto.

Por auto de 17 de febrero de 2015, la Sala Segunda de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia rechazó la demanda por haber operado la caducidad de la acción. Al respecto consideró que el libelo fue presentado dos años y diez meses después de la emisión del acto acusado, esto es, fuera del término de veinte días que el Código Contencioso Administrativo establecía para el ejercicio de la acción electoral, norma que entendió era la aplicable en razón del momento del proferimiento del acto enjuiciado.

La demandante apeló tal determinación argumentando lo siguiente: *“mal hace el Tribunal en exigir al actor en una acción pública como es la electoral, haber presentado una demanda de nulidad en un tiempo determinado contra un acto que se desconocía, que era oculto, precisamente porque no fue publicado conforme lo exige la ley. Esa es la grave irregularidad en el proceso de designación de Rector cuya nulidad se solicita”*.

Para resolver, se

II. CONSIDERA

En la actualidad, conforme lo dispone el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral, la demanda deberá ser presentada dentro del término máximo de treinta (30) días contados a partir de su publicación, salvo el caso en el que la elección se haya declarado en audiencia pública, evento en el cual dicho término empezará a contarse a partir del día siguiente a tal diligencia².

Pero para situaciones como la que plantea el presente asunto, se aplican las disposiciones del Código Contencioso Administrativo por tratarse de una demanda de nulidad electoral que si bien fue instaurada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, está dirigida contra acto de elección que se profirió cuando regía el C. C. A., y cuyo término de caducidad corrió igualmente bajo la égida de este Estatuto.

Por lo tanto frente a estos supuestos, el término de caducidad es de 20 días y se cuenta *“a partir del día siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata”*, como lo rezaba el numeral 12 del artículo 136 del C. C. A.

En el sub examine el acto de elección demandado se profirió el día 13 de marzo de 2012 y el proceso de nulidad electoral se ejerció el 28 de enero de 2015, día en que se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, luego ciertamente se evidencia que transcurrieron mucho más de 20 días, tornándose en inoportuno el ejercicio de la acción.

Ahora bien, no desconoce la Sala que en la sentencia C-646 de 2000 la Corte Constitucional cuando conoció de la demanda de inexequibilidad contra el parágrafo del artículo 95 del Decreto 2150 de 1995 según el cual los actos particulares no se publican sino que se notifican, sostuvo que tal previsión legal era ajustada a la Carta Política, con la especificidad de que los actos de elección y de nombramiento a que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del C. C. A., aún siendo particulares, sí debían publicarse.

Tal señalamiento sin embargo no tuvo la virtualidad de modificar la manera de contabilizar la caducidad de la acción de nulidad electoral consagrada para entonces en el numeral 12 del artículo 136 del C. C. A. Únicamente implicó que debiera cumplirse con tal forma de publicidad de dicha clase de actos. No así que su publicación fuese el referente para iniciar el conteo de la caducidad.

Esta determinación de que la caducidad corra a partir de la publicación sólo la contiene el artículo 164 numeral 2, literal a) del CPACA y resulta aplicable para los procesos de nulidad electoral instaurados en su vigencia, esto es, después del 2 de julio de 2012, y siempre y cuando el acto de elección o de nombramiento demandado se haya expedido luego de tal época y su caducidad corrido dentro de la misma.

La Corte en la citada sentencia consideró que los actos de elección y nombramiento por su naturaleza requieren ser publicados, mas no se pronunció sobre el conteo del término de caducidad de la acción electoral, y no podía haberlo hecho puesto que la norma que la establece no fue objeto de demanda ni de estudio en ese proceso de revisión de constitucionalidad.

La Sala recuerda que la caducidad es un modo de limitar el ejercicio del derecho de acción con ocasión del transcurso del tiempo, y que tiene como finalidad obtener consolidación de las situaciones con efectos en el campo del Derecho, en dirección a su certeza jurídica³. Este fenómeno procesal a la luz del contencioso electoral, tiene como característica el ser breve, a fin de garantizar prontamente la legitimidad en el acceso a la función pública.

Según los antecedentes que soportan el presente asunto, el acto cuya legalidad se acusa -Resolución No. 1763 de 2012 *“por la cual se comisiona y designa al doctor Alberto de Jesús Uribe Corea, como Rector para la Universidad de Antioquia”*- fue expedido por el Consejo Superior de la Universidad de

² Valga señalar que en los casos en que la elección requiera confirmación, el término de caducidad se contará a partir del día siguiente a esta diligencia.

³ Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P. Susana Buitrago Valencia. Auto de diecisiete (17) de febrero de dos mil doce (2012). Rad. 11001-03-28-000-2012-00014-00.

Antioquia el **13 de marzo de 2012** y la demanda de nulidad electoral se presentó el **30 de enero de 2015**.

La demandante en la impugnación contra el rechazo de la demanda alega que no es posible exigir término para el ejercicio de una acción de nulidad electoral como la que instauró, que es de carácter público, y que va dirigida contra un acto de elección que se desconocía por su falta de publicación.

Pero en la demanda como ya se dijo el concepto de violación lo sustentó de manera esencial en que el acto de elección está viciado debido a que la Resolución del Consejo Superior de la Universidad de Antioquia contentiva del calendario electoral para la elección de rector período 2012-2015, careció de publicación tanto en el diario oficial como en la gaceta departamental, falencia que a su juicio vicia de nulidad la elección que se produjo en desarrollo de ese primer acto general.

Para la Sala, al tratarse entonces de ser la Resolución que fijó el calendario electoral donde recae la censura por la omisión de su publicación, considera que mucho menos aún puede resultar procedente, como lo pretende la actora, que debido a tal presunta inconsistencia: falta de divulgación del acto general, ello implique que el término de caducidad del acto de elección no haya comenzado a correr. Porque si así fuere, la elección así cumplida jamás tendría caducidad.

Fuera de lo anterior, para la Sala es claro que el demandado se posesionó y ha ejercido funciones, actuación de notoriedad pública que de manera eficaz ha publicitado ya por varios años su elección como Rector de ese claustro universitario.

Por todo lo anteriormente explicado se impone confirmar la decisión de rechazo de la demanda, por caducidad de la acción.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

Primero. Confirmar el auto de fecha 17 de febrero de 2015 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia - Sala dos de oralidad rechazó la demanda presentada en ejercicio de nulidad electoral por la señora **Eliana Marcela Montoya Román**.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, **remítase** el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Auto que decide sobre las excepciones / EXCEPCIONES PREVIAS - Caducidad de la acción y acto inexistente

Inconforme el apoderado de la demandada con la decisión que declaró imprósperas las excepciones la suplicó. Insistió en que se propuso la demanda contra un acto de elección inexistente, de una parte, y de la otra, en que la acción estaba caduca. Alegó que la ignorancia de la ley no es óbice para su acatamiento, que el Consejo de Estado no puede abrogarse facultades del legislador y que el CPACA exige que con la demanda se allegue la constancia de la notificación del acto acusado. Que si bien es cierto el Consejo Nacional Electoral señaló que carecía de facultades para resolver la apelación contra el Formulario E-26 CA pues los escrutadores lo habían suscrito, sin embargo no precisó cuándo se notificó el acto de elección. Alegó que no es posible confundir la suscripción del Formulario E-26 CA con la notificación del acto de elección, y que se atenta contra la seguridad jurídica de la demandada quien desconocía hasta cuándo era demandable su elección. Estudiados por la Sala los argumentos que sustentan la súplica contra la decisión de declarar imprósperas las excepciones de caducidad del medio de control, de inexistencia del acto demandado y de inepta demanda, como primera medida encuentra que en el fondo todas están fundadas en el mismo hilo conductor, que tiene que ver con el cómo y el cuándo se produjo la declaratoria de elección y su notificación.

A partir de ello y por las razones que a continuación se señalan, estima que la decisión suplicada debe ser confirmada. Para el efecto parte de la base de que revisado el expediente se aprecia la presencia de una situación sui generis en cuanto a las especiales circunstancias que rodearon el Acta General de Escrutinios y la expedición del Formulario E-26 CA del 21 de marzo de 2014 que se acusa, que contiene la declaratoria de elección por parte de la Comisión Escrutadora Departamental de Santander, en tanto a la vez estos documentos se remitieron al Consejo Nacional Electoral para resolver recursos y solicitudes, organismo que se inhibió para conocerlos, y determinó notificar por estrados en audiencia pública, el Formulario E-26 CA. De tal manera que con fines de darle curso a la demanda de tales características, con privilegio del acceso a la justicia, derecho fundamental que en materia electoral está en directa conexidad con el derecho del mismo rango superior, de participar en el control del poder político (traducido en la posibilidad de interponer acciones públicas como la de nulidad electoral), la Sala encuentra válido que el Despacho conductor del proceso haya considerado que por parte del demandante del proceso 2014-00057, se asumiera la viabilidad de instaurar el contencioso electoral desde el 22 de marzo de 2014, en el entendido de que el formulario E-26 de tal fecha en efecto contiene la declaratoria de elección, el cual se expide y se promulga dentro de la actuación administrativa electoral.

Esto es, para entonces el acto sí existía. En este punto la Sala precisa que existe diferencia entre existencia del acto y notificación del mismo. Lo primero concierne al reconocimiento

material de su contenido. Lo segundo es relevante para su oponibilidad. En este entendido el acto acusado podía demandarse por estar proferido, aunque según la demandada sea discutible cuándo se produjo su notificación. Por lo tanto, y por iguales razones, la demanda no es inepta. Cumplió con el requisito de identificar el acto acusado, pronunciamiento de la autoridad administrativa electoral contenida en el E-26 CA. Igualmente para la Sala la determinación del Despacho conductor en el sentido de no dar por probada la excepción de caducidad, estuvo ajustada a derecho, puesto que, en esta etapa del proceso, cuando el mismo apenas comienza, no es posible asegurar que la demanda se presentó extemporáneamente, siendo regla conductora que el juez en tales casos, aplique la premisa según la cual si existe más de un punto de referencia a partir del cual poder considerar que inició el conteo de la caducidad, debe permitir el acceso a la justicia con el ejercicio del medio de control para el reclamo de tutela judicial efectiva. A esta consideración se le suma la circunstancia de que existe un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad: el Acuerdo 003 del 30 de mayo de 2014 que en su artículo 2º ordena notificar el Formulario E-26 CA, así como también la constancia obrante a folio 37 del expediente 2014-00083, según la cual dicho acto se notificó el 3 de junio del mismo año en estrados y en audiencia pública, lo que pudo haber conferido confianza legítima en el demandante de contabilizar el término de caducidad para demandar, a partir de ello.

RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA - Auto que decide sobre las excepciones / REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Falta de legitimación en la causa por pasiva

La Registraduría Nacional del Estado Civil, en ambos expedientes acumulados propuso como medio exceptivo la falta de legitimación en la causa por pasiva, fundada en que dicho organismo no tiene injerencia en la organización de escrutinios ni en el resultado de los mismos, razón por la cual carece de competencia para resolver asuntos que atañan a la revocatoria de la inscripción, doble militancia, cumplimiento de estatutos e inhabilidades de candidatos, y por lo tanto, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda tampoco podría cumplir con la orden judicial que se impartiera. En la decisión suplicada se consideró impróspera la excepción en atención a que definir si la demandada incurrió o no en doble militancia es un cuestionamiento cuyo control sí puede estar en la órbita funcional de la entidad que excepciona, pues le compete la elaboración de los formularios electorales y la recepción, aceptación o rechazo de los mismos, así como también definir los procedimientos para la inscripción de candidatos, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011 y del Decreto 1010 de 2000. La apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil recurrió en súplica esta decisión de no permitir desvinculación del proceso a la entidad que representa. Para el efecto alegó que la inscripción de candidatos es una actuación imparcial de parte de la Registraduría y que quien avala los candidatos son los partidos políticos. Que la Constitución, el Código Electoral y la Ley 1475

de 2011 le atribuyen verificar el buen comportamiento y ética electoral al Consejo Nacional Electoral. Para la Sala esta decisión debe revocarse y en su lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Lo anterior, porque debiendo seguirse el precedente de esta Sala sobre la materia, se tiene que en el auto del 6 de noviembre de 2014, expediente 2014-00065-00 se sostuvo que “la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es especial (...) y por ello (...) resulta importante establecer en cada caso concreto si las actuaciones de la autoridad pública que se ordena vincular fueron relevantes frente al acto administrativo que se demande y que los cargos invocados por los demandantes apunten a cuestionar su legalidad”. Revisada esta premisa frente al caso concreto, no se cumple, pues en las demandas acumuladas no se cuestiona actuación alguna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que concierna al acto administrativo de elección que se demanda, pues si bien los reproches que se elevan contra éste apuntan a cuestionar la legalidad de la elección de la demandada, proceso administrativo que se origina en una inscripción de candidatura a cargo de dicho organismo, en el presente caso al acto de elección se le endilga como vicio que la elegida no podía serlo válidamente, por hallarse incurso en doble militancia política, que es causal de nulidad. Este vicio atañe a un asunto de fondo, y no así a un aspecto formal posible de establecerse al verificar el cumplimiento de los requisitos de esta misma índole, frente a los candidatos, que es la única atribución que en la materia tiene asignada la RNEC, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011. En efecto, en atención a esta norma sólo le es dable a la RNEC rechazar inscripciones cuando los candidatos sean diferentes a los que se seleccionaron mediante consulta popular o interna, o cuando éstos habiendo participado en la consulta de un partido, movimiento o coalición, sean inscritos por uno diferente. De tal manera que abrogarse competencia a la RNEC para no aceptar o rechazar una inscripción frente a otro tipo de situaciones diferentes a la verificación de requisitos formales o de los eventos antes señalados previstos en la norma citada, como sería el caso concreto de inmiscuirse en determinar si el candidato incurre en doble militancia bajo otros supuestos diferentes, en ningún caso es atribución que corresponda a esta entidad, y que por lo tanto asumirlo, desbordaría sus facultades legales como entidad que realiza la inscripción. Si lo hiciera, extralimitaría sus funciones, lo que podría significarle afectar a los candidatos en su derecho fundamental de participar en la conformación del poder político (ser elegidos), e incluso de elegir, por parte del partido político que los avala o del grupo significativo de ciudadanos, y de sus electores.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28000-2014-00057-00 (S)

Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y Otro

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Santander

De conformidad con los informes secretariales del 3 y 17 de marzo de 2015¹, procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de súplica que contra la decisión de no acceder a las excepciones por ellos propuestas, interpusieron los apoderados de la demandada y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la audiencia inicial comenzada el 28 de noviembre de 2014 y que consta en el acta, obrantes a folios 1570 a 1579 del expediente principal.

1. Las excepciones de la demandada

De conformidad a como aparece registrado en el contenido del acta de la primera fase de la audiencia inicial (fl. 1574 c. ppal.), la demandada propuso como tales “*Inexistencia del acto administrativo demandado*”; “*Ineptitud sustantiva de la demanda*”; “*Caducidad del medio de control*” y “*Excepción de inconstitucionalidad y de ilegitimidad (sic) del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, de las Resoluciones 1825 y 1263 de 2014, proferidas por el Consejo Nacional Electoral*”. La decisión sobre esta última no se suplicó.

La Inexistencia del acto administrativo demandado y la Ineptitud sustantiva de la demanda propuestas a folio 493 en el expediente 2014-00057-00, se sustentaron respectivamente en: i) El demandante al haber ejercido la demanda antes del 3 de junio de 2014 cuando se produjo la notificación del acto de elección demandado en cumplimiento de la orden dispuesta por el CNE en el Acuerdo 003 de mayo 30 de 2014, demandó un acto administrativo jurídicamente inexistente; ii) Por la misma razón, la demanda adolece de ineptitud sustantiva en tanto la jurisdicción no puede asumir el control judicial de legalidad de un acto inexistente.

Por su parte la caducidad del medio de control propuestas a folio 409 en el expediente 2014-00083-00, se funda en el capítulo que el apoderado de la demandada denominó “oportunidad procesal”. Expone que la declaratoria de elección se hizo el 21 de marzo de 2014 por parte de la Comisión Escrutadora Departamental, como lo asevera el propio CNE en el Acuerdo 003 del 30 de mayo de 2014. Igualmente sostiene que incluso el demandante Yorgin Harvey Cely Ovalle asevera en su demanda (proceso 2014-00057) que ese día, esto es el 21 de marzo de 2014, se dio lectura a los resultados electorales, fecha en la cual acaeció la firma de los documentos electorales por los Delegados del CNE, y ello pese a que este organismo les había ordenado abstenerse de hacerlo. Así mismo alega que el propio demandante solicita la declaratoria de nulidad del

¹ Folios 1803 y 1814 del c. 5.

Formulario E-26 CA del 21 de marzo de 2014 “*Mediante el cual se declaró la elección de la aquí demandada*”.

Considera que así las cosas cuando acudió a la jurisdicción ya había operado la caducidad.

Agrega que ello es así pues la Comisión Escrutadora Departamental leyó el contenido de los resultados electorales en audiencia pública y en consecuencia quedó notificada la elección en esa oportunidad, como lo sostienen el CNE y la Procuraduría General de la Nación.

Considera que por lo tanto, la diligencia por la cual se hizo la notificación del Acuerdo 003 de 2014 carece de validez por falta de competencia para el efecto del CNE, al encontrarse para dicha fecha agotada la vía gubernativa.

En la decisión suplicada (exp. 2014-00057) la doctora Lucy Jeannette Bermúdez, conductora del proceso acumulado, a folio 1574 decidió que las excepciones de Inexistencia del acto administrativo demandado e Ineptitud de la demanda no prosperaban. La primera de las mencionadas en consideración a que a su entender y debido a las vicisitudes de que fue objeto la declaratoria de elección de la demandada, es factible que el demandante Yorgin Harvey Cely hubiera entendido que esta se había producido el día de la firma y expedición del Formulario E-26CA, suponiendo que también en dicha fecha se había producido su notificación en audiencia pública. Luego el demandante partió de que ya la elección existía.

Y en relación con la Ineptitud sustantiva de la demanda la señora Ponente estimó que el acto de elección estuvo individualizado e identificado con la fecha de su notificación, como lo reconoció el CNE.

En consecuencia declaró imprósperas las excepciones.

Ahora, frente a la excepción de caducidad del medio de control la magistrada conductora del proceso consideró que es necesario privilegiar el principio de confianza legítima en tanto el demandante Carlos Leonardo Hernández (rad. 2014-00083) se atuvo para efectos de contabilizar el oportuno ejercicio de la acción de nulidad electoral, a lo que la autoridad administrativa ordenó en el Acuerdo 003 de 30 de mayo de 2014, de realizar notificación de la elección declarada en el Formulario E-26 CA, razón por la cual también declaró igualmente no próspera esta excepción.

Del recurso de súplica

Inconforme el apoderado de la demandada con estas decisiones las **suplicó**. Insistió en que se propuso la demanda contra un acto de elección inexistente, de una parte, y de la otra, en que la acción estaba caduca. Alegó que la ignorancia de la ley no es óbice para su acatamiento, que el Consejo de Estado no puede abrogarse facultades del legislador y que el CPACA exige que con la demanda se allegue la constancia de la notificación del acto acusado.

Que si bien es cierto el Consejo Nacional Electoral señaló que carecía de facultades para resolver la apelación contra el Formulario E-26 CA pues los escrutadores lo habían suscrito, sin embargo no precisó cuándo se notificó el acto de elección. Alegó que no es posible confundir la suscripción del Formulario E-26 CA con la notificación del acto de elección, y que se atenta contra la seguridad jurídica de la demandada quien desconocía hasta cuándo era demandable su elección.

DE LA DECISIÓN

Estudiados por la Sala los argumentos que sustentan la súplica contra la decisión de declarar imprósperas las excepciones de caducidad del medio de control, de inexistencia del acto demandado y de inepta demanda, como primera medida encuentra que en el fondo todas están fundadas en el mismo hilo conductor, que tiene que ver con el cómo y el cuándo se produjo la declaratoria de elección y su notificación.

A partir de ello y por las razones que a continuación se señalan, estima que la decisión suplicada debe ser confirmada.

Para el efecto parte de la base de que revisado el expediente se aprecia la presencia de una situación *sui generis* en cuanto a las especiales circunstancias que rodearon el Acta General de Escrutinios y la expedición del Formulario E-26 CA del 21 de marzo de 2014 que se acusa, que contiene la declaratoria de elección por parte de la Comisión Escrutadora Departamental de Santander, en tanto a la vez estos documentos se remitieron al Consejo Nacional Electoral para resolver recursos y solicitudes, organismo que se inhibió para conocerlos, y determinó notificar por estrados en audiencia pública, el Formulario E-26 CA.

De tal manera que con fines de darle curso a la demanda de tales características, con privilegio del acceso a la justicia, derecho fundamental que en materia electoral está en directa conexidad con el derecho del mismo rango superior, de participar en el control del poder político (traducido en la posibilidad de interponer acciones públicas como la de nulidad electoral), la Sala encuentra válido que el Despacho conductor del proceso haya considerado que por parte del demandante del proceso 2014-00057, se asumiera la viabilidad de instaurar el contencioso electoral desde el 22 de marzo de 2014, en el entendido de que el formulario E-26 de tal fecha en efecto contiene la declaratoria de elección, el cual se expide y se promulga dentro de la actuación administrativa electoral. Esto es, para entonces el acto sí existía.

En este punto la Sala precisa que existe diferencia entre existencia del acto y notificación del mismo. Lo primero concierne al reconocimiento material de su contenido. Lo segundo es relevante para su oponibilidad. En este entendido el acto acusado podía demandarse por estar proferido, aunque según la demandada sea discutible cuándo se produjo su notificación.

Por lo tanto, y por iguales razones, la demanda no es inepta. Cumplió con el requisito de identificar el acto acusado,

pronunciamento de la autoridad administrativa electoral contenida en el E-26 CA.

Igualmente para la Sala la determinación del Despacho conductor en el sentido de no dar por probada la excepción de caducidad, estuvo ajustada a derecho, puesto que, en esta etapa del proceso, cuando el mismo apenas comienza, no es posible asegurar que la demanda se presentó extemporáneamente, siendo regla conductora que el juez en tales casos, aplique la premisa según la cual si existe más de un punto de referencia a partir del cual poder considerar que inició el conteo de la caducidad, debe permitir el acceso a la justicia con el ejercicio del medio de control para el reclamo de tutela judicial efectiva.

A esta consideración se le suma la circunstancia de que existe un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad: el Acuerdo 003 del 30 de mayo de 2014 que en su artículo 2º ordena notificar el Formulario E-26 CA, así como también la constancia obrante a folio 37 del expediente 2014-00083, según la cual dicho acto se notificó el 3 de junio del mismo año en estrados y en audiencia pública, lo que pudo haber conferido confianza legítima en el demandante de contabilizar el término de caducidad para demandar, a partir de ello.

2.- la excepción de la Registraduría Nacional del Estado Civil

Este organismo en ambos expedientes acumulados propuso como medio exceptivo la falta de legitimación en la causa por pasiva, fundada en que dicho organismo no tiene injerencia en la organización de escrutinios ni en el resultado de los mismos, razón por la cual carece de competencia para resolver asuntos que atañan a la revocatoria de la inscripción, doble militancia, cumplimiento de estatutos e inhabilidades de candidatos, y por lo tanto, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda tampoco podría cumplir con la orden judicial que se impartiera.

En la decisión suplicada se consideró impróspera la excepción en atención a que definir si la demandada incurrió o no en doble militancia es un cuestionamiento cuyo control sí puede estar en la órbita funcional de la entidad que excepciona, pues le compete la elaboración de los formularios electorales y la recepción, aceptación o rechazo de los mismos, así como también definir los procedimientos para la inscripción de candidatos, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011 y del Decreto 1010 de 2000.

De la súplica

La apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil recurrió en súplica esta decisión de no permitir desvinculación del proceso a la entidad que representa. Para el efecto alegó que la inscripción de candidatos es una actuación imparcial de parte de la Registraduría y que quien avala los candidatos son los partidos políticos. Que la Constitución, el Código Electoral y la Ley 1475 de 2011 le atribuyen verificar el buen comportamiento y ética electoral al Consejo Nacional Electoral.

DE LA DECISIÓN

Para la Sala esta decisión debe revocarse y en su lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Lo anterior, porque debiendo seguirse el precedente de esta Sala sobre la materia, se tiene que en el auto del 6 de noviembre de 2014, expediente 2014-00065-00 se sostuvo que *"la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es especial (...) y por ello (...) resulta importante establecer en cada caso concreto si las actuaciones de la autoridad pública que se ordena vincular fueron relevantes frente al acto administrativo que se demande y que los cargos invocados por los demandantes apuntes a cuestionar su legalidad"*.

Revisada esta premisa frente al caso concreto, no se cumple, pues en las demandas acumuladas no se cuestiona actuación alguna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que concierna al acto administrativo de elección que se demanda, pues si bien los reproches que se elevan contra éste apuntan a cuestionar la legalidad de la elección de la demandada, proceso administrativo que se origina en una inscripción de candidatura a cargo de dicho organismo, en el presente caso al acto de elección se le endilga como vicio que la elegida no podía serlo válidamente, por hallarse incurso en doble militancia política, que es causal de nulidad.

Este vicio atañe a un asunto de fondo, y **no así** a un aspecto **formal** posible de establecerse al verificar el cumplimiento de los requisitos de esta misma índole, frente a los candidatos, que es la única atribución que en la materia tiene asignada la RNEC, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011.

En efecto, en atención a esta norma sólo le es dable a la RNEC rechazar inscripciones cuando los candidatos sean diferentes a los que se seleccionaron **mediante consulta popular** o interna, o cuando éstos habiendo **participado en la consulta de un partido**, movimiento o coalición, sean inscritos por uno diferente.

De tal manera que abrogarse competencia la RNEC para no aceptar o rechazar una inscripción frente a otro tipo de situaciones diferentes a la verificación de requisitos formales o de los eventos antes señalados previstos en la norma citada, como sería el caso concreto de inmiscuirse en determinar si el candidato incurre en doble militancia bajo otros supuestos diferentes, en ningún caso es atribución que corresponda a esta entidad, y que por lo tanto asumirlo, desbordaría sus facultades legales como entidad que realiza la inscripción.

Si lo hiciera, extralimitaría sus funciones, lo que podría significarle afectar a los candidatos en su derecho fundamental de participar en la conformación del poder político (ser elegidos), e incluso de elegir, por parte del partido político que los avala o del grupo significativo de ciudadanos, y de sus electores.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero. Confirmar la decisión adoptada por la Consejera Ponente en la audiencia inicial comenzada el 28 de noviembre de 2014, en cuanto declaró NO PRÓSPERAS las excepciones que propuso el apoderado de la demandada, doctora JOHANNA CHAVES GARCÍA, Representante a la Cámara por el Departamento de Santander, período 2014-2018.

Segundo. Revocar la decisión adoptada por la Consejera Ponente en la audiencia inicial comenzada el 28 de noviembre de 2014, en cuanto declaró NO PRÓSPERA la excepción que propuso el apoderado de la Registraduría Nacional del Estado

Civil. En su lugar, SE DECLARA PROBADA la excepción de "*Falta de Legitimación en la causa por pasiva*" que propuso la citada entidad, y como consecuencia de ello, se le separa del presente proceso.

Tercero. Devolver el proceso al Despacho de la señora Consejera Sustanciadora del mismo, una vez ejecutoriada esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Susana Buitrago Valencia

Consejera de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejera de Estado

LEY 1437 DE 2011 - Declaración de terminación del proceso por abandono / TERMINACIÓN DEL PROCESO POR ABANDONO - Por no acreditar las publicaciones en la prensa requeridas para surtir notificaciones por aviso / NOTIFICACIÓN POR AVISO - Cuando no se pueda hacer la notificación personal del demandado dentro de los dos días siguientes a la fecha del auto que la ordena esta se debe hacer mediante aviso / PUBLICACIÓN DE LOS AVISOS - Acreditación para que no se dé por terminado el proceso por abandono

Establece el artículo 277, numeral 1, literal b) del CPACA, que cuando no se pueda hacer la notificación personal del demandado dentro de los dos días siguientes a la fecha del auto que la ordena, esta deberá hacerse mediante aviso sin necesidad de auto que lo ordene, el cual tendrá que publicarse por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción. Por su parte en el literal g) del numeral 1 ídem, se previó que cuando el demandante no acredite las publicaciones de prensa para cumplir con la notificación por aviso dentro de los 20 días siguientes a aquel en el cual se notificó al Ministerio Público del auto admisorio, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará el archivo del expediente. En el asunto bajo estudio, el Despacho aprecia que el 10 de marzo de 2015 la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Boyacá emitió aviso con el fin de notificar el auto admisorio de la demanda al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez ante la imposibilidad de notificarlo personalmente de tal proveído. El lunes 16 de marzo de 2015, la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Boyacá, requirió a la demandante para que retirara el aviso con el fin de que procediera a su publicación. Para el efecto envió un correo electrónico al mail asoprofeuptc@gmail.com indicado por la parte actora para recibir notificaciones personales, no obstante no retiró el aviso. Ahora bien, según constancia que obra al folio 98 Vto. del expediente, el miércoles 11 de marzo de 2015 el Ministerio Público fue notificado electrónicamente del auto admisorio de la demanda electoral proferido el 5 de febrero de 2015 por la Sección Quinta del Consejo de Estado. Visto lo anterior, para el Despacho es evidente que en el presente asunto procede declarar el abandono del proceso y ordenar el archivo del expediente, pues habiéndose notificado el Ministerio Público del auto admisorio de la demanda el día 11 de marzo de 2015, la demandante, señora Astrid Castellanos Correcha, contaba hasta el 16 de abril de 2015 para demostrar que cumplió con su carga procesal de acreditar la publicación del aviso como lo ordena el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, sin embargo no lo hizo.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277 numeral 1 literal g

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00141-01

Actor: Astrid Castellanos Correcha

Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

La señora Astrid Castellanos Correcha presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que formuló la siguiente pretensión:

"1º. Que se declare la nulidad del Acuerdo N° 042 de 2014 (noviembre 26) "Por medio del cual se designa rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, periodo 2015-2018", emanado del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), a través del cual se declaró la designación del Dr. Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, con cinco votos".

Por auto de 5 de febrero de 2015¹ se admitió la demanda y en el numeral 1 se ordenó la notificación personal del demandado, señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, para lo cual se comisionó al Tribunal Administrativo de Boyacá. En el mismo auto se negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Mediante el oficio CECO OR 0253 de 23 de abril, la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Boyacá informó a la Sección Quinta del Consejo de Estado que no fue posible la notificación personal del demandado, señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez y, en consecuencia, *"Mediante auto de fecha de 2 de marzo de 2015 se libró aviso para notificar². No obstante la Secretaría de esta Corporación esperó el término y la parte no se acercó para retirarlo"*. (Negrita fuera de texto)

I. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

De conformidad con el artículo 125³ y 277⁴ numeral 1, literal g)

1 Folios 58 a 64 del expediente.

2 La notificación por aviso obra a folio 112 del expediente.

3 "Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica".

4 "Artículo 293. Trámite de la segunda instancia. El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al tribunal o al Consejo de Estado. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto sobre la admisión del recurso y que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

2. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.

3. Los términos para fallar se reducirán a la mitad de los señalados para la primera instancia.

4. La apelación contra los autos se decidirá de plano.

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es al Despacho a quien le corresponde decidir sobre la terminación del proceso por abandono.

1.1 Caso concreto

Establece el artículo 277, numeral 1, literal b) del CPACA, que cuando no se pueda hacer la notificación personal del demandado dentro de los dos días siguientes a la fecha del auto que la ordena, esta deberá hacerse mediante aviso sin necesidad de auto que lo ordene, el cual tendrá que publicarse por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción.

Por su parte en el literal g) del numeral 1 ídem, se previó que cuando el demandante no acredite las publicaciones de prensa para cumplir con la notificación por aviso **dentro de los 20 días siguientes** a aquel en el cual se notificó al Ministerio Público del auto admisorio, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará el archivo del expediente.

La norma en comento al respecto, señala:

“Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación.
Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

b) Si no se puede hacer la notificación personal de la providencia dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición en la dirección informada por el demandante o este manifiesta que la ignora, se notificará al elegido o nombrado, sin necesidad de orden especial, mediante aviso que se publicará por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral.

(...)

g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente”. (Negrita fuera de texto).

En el asunto bajo estudio, el Despacho aprecia que 10 de marzo de 2015⁵ la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Boyacá emitió aviso con el fin de notificar el auto admisorio de la demanda al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez ante la imposibilidad de notificarlo personalmente de tal proveído.

El lunes 16 de marzo de 2015, la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Boyacá, requirió a la demandante para que retirara el aviso con el fin de que procediera a su publicación. Para el efecto envió un correo electrónico al mail asoprofeuptc@gmail.com indicado por la parte actora para recibir notificaciones personales⁶, no obstante no retiró el aviso.

Ahora bien, según constancia que obra al folio 98 vto. del expediente, el miércoles 11 de marzo de 2015 el Ministerio Público fue notificado electrónicamente del auto admisorio de la demanda electoral proferido el 5 de febrero de 2015 por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Visto lo anterior, para el Despacho es evidente que en el presente asunto procede declarar el abandono del proceso y ordenar el archivo del expediente, pues habiéndose notificado el Ministerio Público del auto admisorio de la demanda el día 11 de marzo de 2015, la demandante, señora Astrid Castellanos Correcha, contaba hasta el 16 de abril de 2015 para demostrar que cumplió con su carga procesal de acreditar la publicación del aviso como lo ordena el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, sin embargo no lo hizo.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero. Declarar la terminación del proceso por abandono de conformidad con el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Ordenar el archivo del expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Susana Buitrago Valencia
Consejera de Estado

5. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante”. (Negrita fuera de texto).

5 Folio 112 del expediente.

6 Folio 113 del expediente.

LEY 1437 DE 2011 - Forma de notificar las demandas por causales objetivas y la obligación de acreditar las publicaciones de los avisos por parte del demandante / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Forma de notificar las demandas por causales objetivas y la obligación de acreditar las publicaciones de los avisos por parte del demandante / NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA DE NULIDAD ELECTORAL - Finalidad / notificación POR AVISO - Su finalidad es de un lado notificar a todos los demandados, y de otro, informar a la comunidad en general

El artículo 277 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA en sus literales d y c, establece la forma de notificar la demanda de nulidad electoral por causales objetivas y la finalidad de esta: "d. Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios caso en el cual se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia en los términos de los literales anteriores. c. (...) Igualmente, en el aviso de publicación se informará a la comunidad de la existencia del proceso, para que cualquier ciudadano con interés (...) intervenga impugnado o coadyuvando la demanda o defendiendo el acto demandado". Por lo tanto, en este caso la notificación por aviso del auto admisorio cumple dos finalidades: de un lado notificar a todos los demandados, y de otro, informar a la comunidad en general. En el mismo artículo (literal d que remite al b) se ordena que la notificación por aviso se publique por una vez en dos periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción territorial, carga procesal que corresponde al demandante. Adicionalmente, el legislador fue claro en precisar que: "la copia del periódico se agregará al expediente" (literal c del numeral 1 del artículo 277 del CPACA).

Es decir, que el demandante debe, dentro de la oportunidad legalmente establecida, que es de 20 días contados a partir de la notificación del Ministerio Público, aportar dichas publicaciones a la Secretaría para que sean incorporadas al respectivo expediente. Finalmente, en el literal g del artículo 277 del CPACA se estableció sin dubitación alguna, las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de dicha carga procesal que es completa, integral, esto es, no se limita a publicar sino a entregar las publicaciones, única forma de acreditar en el expediente que sí se atendió a la orden del juez. "g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas (...) dentro de los veinte días siguientes a las notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente". Así las cosas, la Sala precisa que el demandante en un proceso de nulidad electoral por causales objetivas tiene tal obligación a su cargo que está compuesta

indispensablemente de las siguientes actuaciones: i) publicar el aviso por una vez en 2 periódicos de amplia circulación de la circunscripción territorial de los demandados, y de ii) acreditar que la efectuó allegándolas a la Secretaría. Ambas actuaciones deben realizarlas dentro del término perentorio de 20 días contados a partir de la notificación del Ministerio Público del auto admisorio. La desatención a cualquiera de las anteriores diligencias ocasiona que incurra en incumplimiento del término establecido para que lleve a cabo este procedimiento especial para la notificación del auto admisorio y ello acarrea la consecuencia legalmente determinada.

Fuente formal: Ley 1437 de 2011 - artículo 277

LEY 1437 DE 2011 - Declaración de terminación del proceso por abandono / TERMINACIÓN DEL PROCESO POR ABANDONO - Por no acreditar las publicaciones en la prensa requeridas para surtir notificaciones por aviso / notificación POR AVISO - Su finalidad es que se logre la notificación a todos los demandados / PUBLICACIÓN DE LOS AVISOS - Acreditación para que no se dé por terminado el proceso por abandono / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Contra auto que dio por terminado el proceso por abandono

Corresponde a esta Sala de Súplica definir si se confirma o se revoca la decisión que la Consejera conductora del proceso tomó en el auto de veinticuatro de febrero de 2015 en el sentido de dar por terminado el proceso por abandono del mismo. La Sala anticipa que confirmará la decisión suplicada con apoyó en los siguientes razonamientos: En primer lugar, el legislador fue claro, no dejó duda alguna en establecer en el artículo 277 del CPACA que para las demandas de nulidad electoral por causales objetivas el demandante tiene como carga procesal no solo realizar la notificación por medio de las publicaciones de los avisos en los periódicos sino también "acreditar" éstas dentro del término legalmente señalado que es 20 días contados con posterioridad desde la notificación del auto admisorio al Ministerio Público. Que dicho término es perentorio y por su naturaleza procesal su regulación, en un Estado social de Derecho, es del exclusivo resorte del legislador. Los jueces, en virtud al principio de legalidad, no pueden extender los plazos fijados en el trámite de un proceso. En este aspecto no tiene cabida su ejercicio hermenéutico pues no se trata de existencia de duda o vacío que impidan aplicar la norma literalmente. En el ordenamiento jurídico no existe frente a la procedencia de aplicación del abandono del proceso por ausencia de acreditación sobre la publicación del auto admisorio de la demanda la figura del requerimiento previo al actor, tesis en la que este la súplica. No existe dubitación alguna que acreditar no es para este caso para este caso haber realizado las publicaciones, sino dar cuenta de ellas. Por lo tanto, ambas actuaciones se deben realizar por el demandante dentro del plazo perentorio antes citado.

Esta carga procesal, antes indicada, que debe cumplir el demandante no es un obstáculo al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia pues se trata de una imposición no desmesurada y sí razonable que deben cumplir los ciudadanos que pretenda cuestionar la constitucionalidad y la legalidad del acto de elección. Así las cosas, no es admisible como lo pretende el apoderado judicial del actor (suplicante) que sin que el demandante haya atendido en el plazo legalmente asignado su compromiso no solo de realizar las publicaciones sino de acreditar que las hizo trayéndolas al expediente no sea predicable la consecuencia de ello acarrea, la cual es legítima, tampoco lesiona el derecho del demandante a obtener pronunciamiento cuando el mismo profesional del derecho no ejerció las exigencias mínimas. Advierte la Sala que el recurrente no cuestiona que le correspondiera el trámite de recoger los avisos en la Secretaría de la Sección ni de publicarlos en los periódicos amplia circulación en el territorio nacional, sino que pretende por medio de este recurso corregir su negligencia y la desatención normativa en tanto nunca concluyó su gestión procesal como lo ordena el artículo 277 del CPACA, puesto que no acreditó ante la Secretaría de esta Sección en el plazo legalmente asignado la realización de las publicaciones. Así las cosas, a partir de las pruebas relacionadas en los numerales anteriores se puede corroborar que el demandante no cumplió con la carga establecida en el artículo 277 del CPACA. Entonces, lo procedente era adoptar la decisión que asumió la Consejera ponente de dar por terminado el proceso por abandono, por ser la consecuencia legalmente establecida en el contencioso electoral. Así, no puede soslayarse que el apoderado judicial del actor dejó fenecer los términos con el argumento que uno de los 100 Senadores de la República demandados intervino en el proceso. Entonces, como se anticipó, se confirmará la decisión de dar por terminado el proceso por abandono contenida en el auto de veinticuatro de febrero de 2015, con fundamento en las razones antes expuestas.

Fuente formal: Ley 1437 De 2011 - artículo 277 numeral 1 literal g

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00114-00(S)

Actor: Jorge Eduardo Géchem Turbay

Demandado: Senadores de la República

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica que ejercitó el apoderado judicial del demandante contra el auto de 24 de febrero de 2015 por medio del cual se decidió terminar el proceso de la referencia por abandono.

I. ANTECEDENTES

1. De la admisión de la demanda y notificaciones

En el auto admisorio de la demanda, de 16 de diciembre de 2014, y previo a aceptarse el impedimento al Dr. Alberto Yepes Barreiro Consejero de Estado¹, se ordenó surtir las notificaciones a las personas elegidas como Senadores de la República en la forma establecida en el literal d) del numeral 1 del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e informar al demandante Sr. Jorge Eduardo Géchem Turbay “*que en caso de no acreditar la publicación del aviso en la forma y términos establecidos en el artículo 277 del CPACA, se terminará el proceso por abandono y se ordenará su archivo*”.

El 18 de diciembre de 2014 el Secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado notificó personalmente al Agente del Ministerio Público y comunicó entre otros al apoderado judicial del actor que se había generado el estado de la admisión del proceso y en esa misma fecha también elaboró el aviso para surtir las notificaciones que establece el artículo 277 literal d) del numeral 1 del CPACA, el cual quedó a disposición del accionante para que procediera como lo establece en su integridad el mismo artículo citado. Esto es, retirarlo, publicarlo y allegarlo.

El 2 de febrero de 2015 el ciudadano Juan Esteban Henao Cardona, autorizado por el apoderado judicial del actor, retiró los avisos para la publicación ordenada.

El 17 de febrero de 2015, ante el requerimiento secretarial² el actor allegó a la Secretaría de la Sección dos (2) publicaciones (una del Diario La República y otra de El Tiempo efectuadas el 4 y 5 de febrero de 2015, respectivamente), esto es, las entregó después del término que establece el artículo 277 numeral 1 literal g.

En auto de 24 de febrero de 2015 la Consejera conductora del proceso resolvió dar por terminado por abandono el proceso.

2. Del auto suplicado

Como se indicó en la providencia de 24 de febrero de 2015 la Consejera de Estado Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez dio por terminado el proceso de la referencia por abandono del mismo tal decisión se fundó en que:

“(…) el demandante Jorge Eduardo Géchem Turbay tenía la carga de cumplir con lo dispuesto en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA, que establece:

¹ Los doctores Humberto Antonio Sierra Porto y Dolly Pedraza de Arenas fueron los Conjucees sorteados para recomponer el quorum.

² Auto de

"g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los literales anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará su archivo".

Sostuvo que el vocablo acreditar se refiere a allegar o agregar al proceso dentro de un término establecido la publicación de los avisos, es decir que la carga es en doble sentido de un lado la publicación y de otro la de agregarla al expediente. Que el término establecido por el legislador opera de forma objetiva y que dentro del mismo se debe acreditar el cumplimiento de la obligación legal, circunstancia que en el presente caso no aconteció.

3. De la súplica alegada

Con memorial radicado el 2 de marzo de 2015 el apoderado judicial del demandante elevó recurso de súplica contra la providencia judicial de 24 de febrero de 2015³ porque en su criterio se debió mantener la decisión que la Sala de Súplica de 29 de enero de 2015⁴ que resolvió un asunto similar.

Que debió primar el derecho sustancial sobre el procesal como lo establece el artículo 288 Superior y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional puesto que las publicaciones sí se efectuaron los días 4 y 5 de febrero de 2015 cumpliendo con la finalidad de la norma que era informar a los probables interesados lo que aconteció, al punto que por ello uno de los Senadores posibles afectados de llegar a prosperar las pretensiones, se vinculó al proceso.

Que con la decisión de declarar el abandono del proceso se vulnera al demandante su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia porque impide que se emita un pronunciamiento de fondo sobre las censuras planteadas en la demanda.

Que nunca ha existido abandono del proceso si se tiene en cuenta la proximidad en las fechas en las cuales se han presentado las actuaciones.

Que con la decisión suplicada también se están desconociendo los artículos 40 y 93 de la Constitución *"en concordancia con el Pacto de San José de Costa Rica"*⁵ así como el principio de efecto útil de las normas, que para el caso concreto no es otro que dar a conocer la existencia de un proceso, lo cual en criterio del recurrente ocurrió.

³ Contra la misma decisión judicial también radicó el recurso de reposición el 27 de febrero de 2015.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. (E): Alberto Yepes Barreiro, auto de 29 de enero de 2015, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00107-00, actor: Eduardo Eccehomo Torres Mosquera.

⁵ No precisó el motivo ni se refirió a un artículo en particular de dicho tratado.

4. Del trámite y traslado del recurso

Por auto de 11 de marzo de 2015 la Consejera de Estado conductora del proceso ante la interposición de recursos de reposición y de súplica contra la providencia de abandono indicó que comoquiera que la decisión judicial de 25 de febrero de 2015 fue de ponente y puso fin al proceso y se dictó en única instancia, suplicable. Por lo tanto, devolvió el expediente a la Secretaría de la Sección para que surtiera el trámite correspondiente.

5. De las posiciones de los sujetos procesales sobre la súplica

5.1. Del Senador Manuel Guillermo Mora Jaramillo

El apoderado judicial del Senador reiteró los argumentos del memorial de 19 de febrero de 2015 en el que solicitó dar por terminado el proceso. Sostuvo que *"no se puede doblegar la seguridad jurídica del proceso contencioso administrativo, premiando la negligencia del accionante, a quien el artículo 277 del CPACA le impone unas cargas específicas que debía asumir y no lo hizo"*.

Que al demandante se le advirtió desde el auto admisorio de la demanda de las consecuencias procesales por no acreditar las publicaciones del aviso, y que tal precisión tenía como razón de ser que no se puede permitir que se prolongara en el tiempo tal obligación.

Sostuvo que la publicación y su acreditación o demostración son dos actuaciones separadas que tiene que cumplir como carga procesal el actor de forma complementaria y dentro del mismo término, dentro de los 20 días establecidos en el ordenamiento jurídico.

Precisó que las dos conductas citadas son necesarias para que todos los demandados, en este caso los Senadores de la República, pudieran contestar la demanda. Que la norma lo que quiere evitar es precisamente que la parte demandante no acredite las publicaciones *"un día después de vencido el término para contestar la demanda"*.

Finalmente, solicitó mantener incólume el auto recurrido en razón a que respetó las normas procesales las cuales son de obligatorio cumplimiento.

5.2. Del Senado de la República

El apoderado judicial del Senado de la República solicitó ratificar la decisión judicial de 24 de febrero de 2015 por medio de la cual se declaró la terminación del proceso por abandono.

Indicó que el término de 20 días establecido por el legislador para que se realizaran las publicaciones por aviso y se acreditaran las mismas es completamente razonable y no constituye un obstáculo al proceso.

Que el principio de prevalencia sustancial sobre las formas no puede pretermitir las normas procesales ni la seguridad jurídica.

Que la redacción y el sentido del literal g del artículo 277 del CPACA es suficientemente claro al sostener que la acreditación de las publicaciones dentro del proceso debe efectuarse en 20 días contados a partir del día siguiente de la notificación al Ministerio Público del auto admisorio, por lo tanto la interpretación en la providencia de 24 de febrero de 2015 es completamente válida. Que el legislador no estableció en la citada norma ninguna distinción y que la misma no contradice la Constitución.

5.3. De la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC)

Solicitó que se confirme el auto suplicado para preservar los derechos de rango fundamental al debido proceso e igualdad así como el respeto por el principio de legalidad. Sostuvo *“que los juzgadores antes de cualquier interpretación han de estarse al tenor literal de la norma”*.

Que la demanda fue bien rechazada al no haberse acreditado la carga procesal en el término que impuso para ello el legislador.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 del CPACA en armonía con el No. 1 del 243 *ibidem* el auto que ponga fin al proceso en única instancia es suplicable.

2. De la forma de notificar las demandas de nulidad electoral por causales objetivas y de la obligación de acreditar las publicaciones de los avisos en el contencioso electoral por parte del demandante

El artículo 277 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA en sus literales d y c, establece la forma de notificar la demanda de nulidad electoral por causales objetivas y la finalidad de esta:

“d. Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios caso en el cual se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia en los términos de los literales anteriores.

c. (...) Igualmente, en el aviso de publicación se informará a la comunidad de la existencia del proceso, para que cualquier ciudadano con interés (...) intervenga impugnado o coadyuvando la demanda o defendiendo el acto demandado”.

Por lo tanto, en este caso la notificación por aviso del auto admisorio cumple dos finalidades: de un lado **notificar a todos los demandados**, y de otro, **informar** a la comunidad en general.

En el mismo artículo (literal d que remite al b) se ordena que la notificación por aviso se publique por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción territorial, carga procesal que corresponde al demandante.

Adicionalmente, el legislador fue claro en precisar que: *“la copia del periódico se agregará al expediente”* (literal c del numeral 1 del artículo 277 del CPACA). Es decir, que el demandante debe, dentro de la oportunidad legalmente establecida, que es de 20 días contados a partir de la notificación del Ministerio Público, aportar dichas publicaciones a la Secretaría para que sean incorporadas al respectivo expediente.

Finalmente, en el literal g del artículo 277 del CPACA se estableció sin dubitación alguna, las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de dicha carga procesal que es completa, integral, esto es, no se limita a publicar sino a entregar las publicaciones, única forma de acreditar en el expediente que sí se atendió a la orden del juez.

“g) Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas (...) dentro de los veinte (20) días siguientes a las notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente”. (Negritas propias).

Así las cosas, la Sala precisa que el demandante en un proceso de nulidad electoral por causales objetivas tiene tal obligación a su cargo que está compuesta indispensablemente de las siguientes actuaciones: i) publicar el aviso por una vez en 2 periódicos de amplia circulación de la circunscripción territorial de los demandados, y de ii) acreditar que la efectuó allegándolas a la Secretaría. Ambas actuaciones deben realizarlas dentro del término perentorio de 20 días contados a partir de la notificación del Ministerio Público del auto admisorio.

La desatención a cualquiera de las anteriores diligencias ocasiona que incurra en incumplimiento del término establecido para que lleve a cabo este procedimiento especial para la notificación del auto admisorio y ello acarrea la consecuencia legalmente determinada.

3. De la decisión

Como se indicó, corresponde a esta Sala de Súplica definir si se confirma o se revoca la decisión que la Consejera conductora del proceso tomó en el auto de 24 de febrero de 2015 en el sentido de dar por terminado el proceso por abandono del mismo.

La Sala anticipa que confirmará la decisión suplicada con apoyo en los siguientes razonamientos:

- En primer lugar, el legislador fue claro, no dejó duda alguna en establecer en el artículo 277 del CPACA que para las demandas de nulidad electoral por causales objetivas el demandante tiene como carga procesal no solo realizar la notificación por medio de las publicaciones de los avisos en los periódicos sino también “acreditar” éstas dentro del término legalmente señalado que es 20 días contados con posterioridad desde la notificación del auto admisorio al Ministerio Público.
- Que dicho término es perentorio y por su naturaleza procesal su regulación, en un Estado social de Derecho, es del exclusivo resorte del legislador. Los jueces, en virtud al principio de legalidad, no pueden extender los plazos fijados en el trámite de un proceso. En este aspecto no tiene cabida su ejercicio hermenéutico pues no se trata de existencia de duda o vacío que impidan aplicar la norma literalmente.
- En el ordenamiento jurídico no existe frente a la procedencia de aplicación del abandono del proceso por ausencia de acreditación sobre la publicación del auto admisorio de la demanda la figura del requerimiento previo al actor, tesis en la que este la súplica.
- Que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el vocablo acreditar significa:

“1. *Hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad.* U. t. c. *prnl.*

2. *tr. Afamar, dar crédito o reputación.* U. t. c. *prnl.*

3. *tr. Dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece.*

4. *tr. Dar testimonio en documento feaciente de que alguien lleva facultades para desempeñar comisión o encargo diplomático, comercial, etc.*

(...)⁶. (Negrillas fuera del texto original).

- De tal definición no existe dubitación alguna que acreditar no es para este caso para este caso haber realizado las publicaciones, sino dar cuenta de ellas. Por lo tanto, ambas actuaciones se deben realizar por el demandante dentro del plazo perentorio antes citado.
- Esta carga procesal, antes indicada, que debe cumplir el demandante no es un obstáculo al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia pues se trata de una imposición no desmesurada y sí razonable que deben cumplir los ciudadanos que pretenda cuestionar la constitucionalidad y la legalidad del acto de elección.

Entender en otro sentido la norma – artículo 277 del CPACA–, sería convertir el aparato judicial en codemandante y amenazar o transgredir los derechos al debido proceso y de defensa de los elegidos (demandados).

- Así las cosas, no es admisible como lo pretende el apoderado judicial del actor (suplicante) que sin que el demandante haya atendido en el plazo legalmente asignado su compromiso no solo de realizar las publicaciones sino de acreditar que las hizo trayéndolas al expediente no sea predicable la consecuencia de ello acarrea, la cual es legítima, tampoco lesiona el derecho del demandante a obtener pronunciamiento cuando el mismo profesional del derecho no ejerció las exigencias mínimas.
- Advierte la Sala que el recurrente no cuestiona que le correspondiera el trámite de recoger los avisos en la Secretaría de la Sección ni de publicarlos en los periódicos amplia circulación en el territorio nacional, sino que pretende por medio de este recurso corregir su negligencia y la desatención normativa en tanto nunca concluyó su gestión procesal como lo ordena el artículo 277 del CPACA, puesto que no acreditó ante la Secretaría de esta Sección en el plazo legalmente asignado la realización de las publicaciones.
- Por tal motivo, tampoco es de recibo el argumento que el alega el suplicante en que se debe dar primacía de lo sustancial a lo formal pues desconocer las normas procesales y aceptar dicha tesis sería premiar el descuido del apoderado judicial del actor y desconocer el procedimiento previamente establecido por el legislador, lo cual desencadenaría en posibles nulidades.
- Analizando las pruebas que obran en el expediente se observa en relación con los términos del *sub iudice* lo siguiente:
 1. Que la demanda fue presentada el 1 de septiembre de 2014 por medio de apoderado judicial. (Fl. 1 a 13).
 2. Que en el auto admisorio de la demanda de 16 de diciembre de 2015 se ordenó en el numeral 4 del mismo: “**Informar al doctor JORGE EDUARDO GÉCHEM TURBAY que en caso de no acreditar la publicación del aviso en la forma y en los términos establecidos en el artículo 277 del CPACA, se terminará el proceso por abandono y se ordenará su archivo.**” (Fl. 70).
 3. Que el 18 de diciembre de 2014 el Secretario de la Sección Quinta del Consejo de Estado notificó personalmente al Agente del Ministerio Público y comunicó entre otros al apoderado judicial del actor que se había generado el estado de la admisión del proceso y en esa misma fecha también elaboró el aviso para surtir las notificaciones que establece el artículo el literal d) del numeral 1 del artículo 277 del CPACA y quedó a disposición del accionante para que

6 Consultado en web en: <http://lema.rae.es/drae/?val=acreditar>.

procediera como el establece en su integridad el mismo artículo citado. (Fl. 71 y ss.).

4. Que el 2 de febrero de 2015 el apoderado judicial del actor autorizó al señor Juan Esteban Henao Cardona para que *“retirar los avisos para la publicación ordenada en el artículo 277 del CPACA”*.

5. Que los términos de 20 días para realizar y acreditar las publicaciones iniciaron el 15 de enero de 2015 (en razón a que se debían descontar la vacancia judicial) y fenecieron el 12 de febrero de 2015.

6. Que las publicaciones en los periódicos de amplia circulación nacional se surtieron los días 5 y 6 de febrero de 2015.

7. Que tales publicaciones fueron acreditadas, es decir, allegadas al proceso el 17 de febrero de 2015, de forma extemporánea y luego de ser requerido el demandante.

- Así las cosas, a partir de las pruebas relacionadas en los numerales anteriores se puede corroborar que el demandante no cumplió con la carga establecida en el artículo 277 del CPACA. Entonces, lo procedente era adoptar la decisión que asumió la Consejera ponente de dar por terminado el proceso por abandono, por ser la consecuencia legalmente establecida en el contencioso electoral.
- Por otro lado, en relación con el reproche del recurrente que se debería tomar la misma decisión que se adoptó en la providencia de 29 de enero de 2015, (Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00107-00) C. P. (E) Alberto Yepes Barreiro, se reitera que el trámite de requerir al actor para que acredite al expediente las publicaciones no se encuentra regulado en el contencioso electoral ni en ninguna otra disposición legal.

- Por último, tampoco puede aceptarse la alegación del solicitante en relación a que se cumplió con el efecto útil de la norma puesto que se dio a conocer la existencia del proceso e intervino en el mismo uno de los Senadores demandados. La Sala reitera que la notificación por aviso tiene una doble finalidad: de un lado **notificar a todos los demandados**, y de otro, **informar** a la comunidad en general. Así, no puede soslayarse que el apoderado judicial del actor dejó fenecer los términos con el argumento que uno de los 100 Senadores de la República demandados intervino en el proceso.

Entonces, como se anticipó, se confirmará la decisión de dar por terminado el proceso por abandono contenida en el auto de 24 de febrero de 2015, con fundamento en las razones antes expuestas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Primero. Confirmar la decisión del auto de 24 de febrero de 2015 que dio por terminado el proceso por abandono, de conformidad con los motivos expuestos.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al Despacho de la Consejera conductora para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase.

Susana Buitrago Valencia

Dolly Pedraza de Arenas

Conjuez

Humberto Antonio Sierra Porto

Conjuez

Ausente con excusa

4.1.2. NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIAS

UNIVERSIDAD DE LA AMAZONIA – Elección de representante del sector productivo ante el Consejo Superior / REPRESENTANTE DEL SECTOR PRODUCTIVO ANTE EL CONSEJO SUPERIOR – Nulidad de la elección por desconocimiento del principio del voto secreto

De la presunta ilegalidad por haberse emitido el voto de los electores de manera pública. Corresponde a la Sala pronunciarse frente a este cargo respecto del cual los accionantes estiman que afecta de nulidad el acto acusado porque al ejercerse el derecho al voto, la expresión y su sentido no fue secreta. Para resolver lo pertinente es del caso resaltar que de acuerdo con las reglas de la Convocatoria N° 003 de 2013 el sistema a emplearse en este proceso eleccionario era el de "la votación directa y pública". Ahora bien, aunque los demandantes no plantean propiamente una excepción de ilegalidad respecto de este aspecto, si consideran que dicha Convocatoria y la Resolución 1631 de 2013, desconocen el principio "del secreto de voto", contemplado en disposiciones de orden superior. Así, el examen de esta censura radicará en el análisis de lo dispuesto por los Acuerdos 32 de 2009 y 31 de 2010. Tales disposiciones de orden superior imponen que se observe como parámetro que rige los procesos electorales llevados a cabo en la Universidad, bien de manera directa o por consulta estamentaria y en las demás que se convoquen a las autoridades de la Universidad con tal propósito, que la expresión del voto sea manifestada de manera secreta. El voto es entendido como aquella manifestación libre que en ejercicio del derecho de participación en la conformación y ejercicio del poder, ejerce quien se encuentra legitimado para expresar su respaldo o apoyo ante una determinada opción, formula o candidato, postulado a un cargo o a una dignidad. La exigencia de que la expresión del voto por el elector pueda hacerse sin revelar sus preferencias, es determinante para la validez de un proceso electoral.

Así, cuando esta regla se infringe, esto es, se da a conocer el sentido del voto, se afecta de nulidad la elección. Tiene por propósito evitar que quien sufraga sea objeto de interferencias en su decisión e incluso de presiones,

al entrever sus preferencias, conocimiento que además pueden obstaculizar la libertad que caracteriza al voto. Descendiendo al caso bajo examen se tiene que según acta de Asamblea de elección del representante del sector productivo, se llamó a lista a las personas que fueron habilitadas para participar en la asamblea de elección y que luego de la instalación de la asamblea y de la postulación de candidatos, se realizó el procedimiento descrito. Del desarrollo y registro de lo acaecido en la asamblea de elecciones y de lo dispuesto en la Convocatoria 03 de 2013 y la Resolución 1631 de 2013, se tiene que la votación se cumplió de manera pública en oposición entonces, al principio de "voto secreto". Y como quiera que el procedimiento fue utilizado por todos los participantes habilitados quienes expresaron a viva voz su voto por uno de los candidatos, el total de los votos que se registraron se consideran nulos en tanto desatendieron la regla que rige para estas elecciones y que obligaba a que la elección acusada se produjera por votación efectuada de manera secreta. Como ello no ocurrió así y se reveló el sentido del voto de los participantes, el acto de elección carecer de validez por infringir los artículos 2° del Acuerdo 32 de 2009 y 2° del Acuerdo 31 de 2010. Para adoptar esta determinación de oficio, la Sala inaplica la Sala de manera oficiosa inaplica por ilegal la expresión "sistema de votación directa y pública" contenida en el artículo 3° de la Convocatoria Electoral N° 003 de 2013 y en el artículo 5° de la Resolución 1631 de 2013, por ser opuestas y contrariar los artículos 2° del Acuerdo 32 de 2009 y 2° del Acuerdo 31 de 2010, normas de jerarquía superior a las que debían estarse. Así las cosas, y recapitulando, la Sala procederá a declarar la nulidad del acto de elección al haberse encontrado probado este último cargo objeto de examen.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00047-00

Actor: Albeiro Adolfo Benítez Vargas

Demandado: Universidad de la Amazonia

Procede la Sala a decidir las demandas presentadas por los señores Albeiro Adolfo Benítez Vargas y Jaime Eduardo Salazar Velasquez dirigidas a obtener la nulidad “Acta de cierre de Convocatoria elección representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia” de fecha 20 de agosto de 2013, por medio de la cual resultó electo representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia el señor Rafael Torrijos Rivera, para un período de tres (3) años, contados a partir del día de su posesión.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

1.1 Expediente N° 2013 – 0047

La presentó el señor Albeiro Adolfo Benítez Vargas en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, contra el acto de elección ya identificado. De igual manera a título de pretensión pide inaplicar la Convocatoria Electoral 003 del 31 de julio de 2013, expedida por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia y la Resolución 1631 del 2 de agosto de 2013, porque manifiesta son contrarias a las normas constitucionales, legales y estatutarias.

1.1.1 Fundamentos de hecho

El actor relaciona como hechos de la demanda de nulidad electoral y que a juicio de la Sala son relevantes para la decisión que corresponde adoptar, los siguientes:

- Que la Universidad de la Amazonia fue creada por la Ley 60 de 1982 y es una institución de Educación Superior de carácter oficial, con presencia en los departamentos de Caquetá, Guaviare, Putumayo y Amazonas.
- Que el máximo órgano de gobierno y potestad legislativa es el Consejo Superior Universitario.
- Que el Consejo Superior Universitario expidió el Acuerdo N° 32 de 2009, “Por medio del cual se creó el Consejo Electoral”.
- Que según el Estatuto General de la Universidad de la Amazonia, Acuerdo 62 de 2002, dos meses antes de la finalización del período de los integrantes de dicho Consejo Superior Universitario debe realizarse la convocatoria para proveer la vacante.

- Que en relación con el representante del sector productivo el Rector mediante expidió la Resolución 1631 del 2 de agosto de 2013 “Por la cual se convoca a la elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia”
- Explica que en los términos del artículo 5° de la citada Resolución 1631 de 2013, inciso tercero, únicamente pueden asistir a la Asamblea de elección aquellos integrantes de las ternas debidamente conformadas en las “Secretarías de las sedes de los Departamentos donde la Universidad de la Amazonia haga presencia y que hayan sido debidamente ratificados por el Consejo Electoral”, disposición que dice es transcripción de la Convocatoria Electoral N° 003 del 31 de julio de 2013
- Afirma que al Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia no está facultado para prescribir los procedimientos a fin de llevar a cabo las elecciones.
- Que la ratificación es un procedimiento que no está prevista para este trámite electoral y entonces, el que así la haya dispuesto el Consejo Electoral hace evidente la incompetencia con la que actuó frente a este requerimiento.
- Similar planteamiento predica pero esta vez relacionado con lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución 1631 de 2013, respecto de que “dentro de las 24 horas hábiles siguientes al cierre de la inscripción se deberán enviar los soportes físicos de la inscripción, so pena de declararse nulas las inscripciones que carezcan de este cumplimiento”. Dice de esta normativa que impone una carga excesiva en contra del inscrito, puesto que no es posible su cumplimiento dada la lejanía de las diferentes sedes de la Universidad.
- Estima que el tiempo fue insuficiente para que los representantes del sector productivo conocieran y dieran aplicación a la citada Resolución, expedida el 2 de agosto de 2013.

1.1.2 Del concepto de la violación

El actor explica que el acto acusado debe anularse porque desconoce las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales y derechos fundamentales

Señala que se desconoce el artículo 209 de la C. P., pues manifiesta que el proceso electivo se realizó con vulneración de los principios democrático, participativo y de igualdad, que son de estirpe superior, en razón a que se llamó a votar a “quienes el Consejo Electoral consideró que podían hacerlo y negó esta posibilidad a quienes no eran afectos a su candidato”.

Que también se vulneró el artículo 40 Superior por cuanto se desconoció que al aspirante a representante del sector

productivo no se le impone como requisito la ratificación por parte del Consejo Electoral. Que no era posible el procedimiento de “veto” que dice se cumplió en la elección acusada pues se omitió que la conformación de las ternas para participar en la elección a realizarse en los departamentos donde tiene presencia la Universidad y no como lo restringió la Resolución N° 1631 de 2013, de la que insiste, impuso una “ratificación por parte del Consejo Electoral”.

Asegura que la autonomía universitaria se utilizó como un instrumento de desconocimiento de las normas superiores.

Que el derecho de “acceso a la administración de justicia” se vulneró por cuanto: i) las convocatorias que realiza el Rector tienen por propósito la provisión de cargos. Que en razón a que son actos de trámite de carácter general contra éstos no procede ningún recurso y ii) porque dice que los efectos de la participación se producen en un tiempo demasiado corto, “apenas para inscribirse y votar”. Que acudir a la jurisdicción contenciosa supone que se haga sobre hechos cumplidos, con la restricción del término de caducidad de la acción electoral que se debe observar, pero que hacen difícil acudir a ella en razón a que no se cuenta de manera oportuna con la información requerida para el ejercicio de esta.

Violación de normas legales y reglamentarias

En este acápite señala el actor que se vulneran los artículos 28, 65 y 70 de la Ley 30 de 1992 y el artículo 65 de los Estatutos, en tanto considera que la potestad de modificar los estatutos y reglamentos de la Institución es una atribución del Consejo Superior Universitario no del Rector ni del Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía.

Refiere que se vulnera el artículo 9° literal k) del Acuerdo N° 62 de 2002 porque asegura el proceso eleccionario estuvo precedido de “prácticas ilegales y corruptas” que generaron en un ambiente que no fue de “respeto, cordialidad y cooperación entre todos sus integrantes”.

También se dice que fueron desconocidas normas del Código Electoral Colombiano. En específico señala como tales los artículos 1° y 2°, que establecen como principios los de la imparcialidad y voto secreto que dice desconocidos porque la voluntad del elector estuvo sometida a una indebida intromisión de la Administración Universitaria a través de la subordinación, dependencia y vínculo laboral, “y luego de manera desvergonzada pidiendo el voto a favor de su candidato”, y tampoco se garantizó el derecho de los ciudadanos de votar libremente sin revelar sus preferencias, eso en oposición de lo dispuesto en el artículo 2° del Estatuto Electoral, contenido en el Acuerdo 32 de 2009.

Desviación de poder y falsa motivación

Estas causales generales de anulación de los actos administrativos, las soporta el demandante en circunstancias

relativas a que la elección acusada se llevó a cabo bajo un manejo irregular de la administración de la Universidad con el fin de lograr la reelección y perpetuidad del rector, de quien se dice buscó la creación de condiciones que le favorecieran.

Asegura que el procedimiento electoral que se siguió no consultó los estándares internacionales que hay sobre los procesos electorales; en tanto no se puede calificar de “neutral”.

En relación con la falsa motivación, el actor sustenta su argumentación en contra de la Resolución 1631 de 2013, que convocó a la elección del representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad, que dice afecta de nulidad tal acto y la Convocatoria Electoral N° 003 del 31 de julio de 2013, por las razones que dice ya manifestó.

En cuanto a la censura dirigida contra el acto de elección, esta descansa en el presunto veto que dice la administración le imprimió al proceso eleccionario que se surtió en cada departamento y que a juicio del demandante dice impidió el ejercicio libre, deliberativo y democrático con todas las garantías de transparencia, igualdad, imparcialidad y publicidad. Asegura que se “maquill[ó] la consulta al sector productivo de la región amazónica colombiana con el conteo de votos, desconociendo cómo se obtuvo ese resultado, gracias a las influencias, manipulaciones y parcialidades”.

1.1.3 La admisión de la demanda

Por auto del 16 de diciembre de 2013¹ la Sala admitió la demanda de nulidad electoral y ordenó las notificaciones de rigor al demandado² y al Presidente del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, en su carácter de autoridad que expidió el acto acusado y al Rector en calidad de representante legal de dicha Universidad. También se resolvió sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en el sentido de negarla.

Y por auto del 3 de abril se dispuso que el expediente se mantuviera en Secretaría a efectos de resolver la acumulación procesal con el expediente N° 2013 – 0056.

1.2 Expediente N° 2013 – 0056

Esta demanda la presentó el ciudadano Jaime Eduardo Salazar Velásquez quien en ejercicio de la acción de nulidad electoral cuestiona el acto que eligió al señor Rafael Torrijos Rivera como Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

1.2.1 Fundamentos de hecho

El actor relaciona como hechos relevante de su demanda los siguientes:

¹ Folios 183–187 vto. del expediente.

² Para tal efecto se comisionó al Tribunal Administrativo de Caquetá.

Explica que mediante Convocatoria Electoral N° 003 del 31 de julio de 2013 y Resolución 1631 del 2 de agosto, también del 2013, el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía y el Rector de dicho ente universitario, adelantaron el proceso de elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad.

Indica que entre las asociaciones que concurrieron a inscribirse están: *i)* Asociación de Ingenieros y Arquitectos del Caquetá – Asociar³, *ii)* Asociación de Expendedores de Carne de Florencia y el Caquetá “Asexcar”, *iii)* Asociación de Avicultores

y Productores Agropecuarios de Florencia “Asoaviproagro” y *iv)* Asociación de Mujeres Productoras de Cárnicos del Caquetá “Asomupcar”.

Asegura que dichas asociaciones en cumplimiento del artículo 2° de la Resolución 1361 de 2013, anexaron cada uno de los requerimientos fijados por esta y la convocatoria N° 03.

Que pese a lo anterior, las asociaciones atrás referidas fueron registradas como “No habilitados para participar en la asamblea”, bajo diferentes argumentos, así:

Asociación de Ingenieros y Arquitectos del Caquetá – Asociar	Se evidenció que no pertenece al sector productivo . Es una asociación de profesionales con la finalidad de fomentar el estudio en las profesiones de Ingeniería y Arquitectura.
Asociación de Avicultores y Productores Agropecuarios de Florencia “Asoaviproagro”	Esta asociación municipal se encuentra representada por una asociación departamental.
Asociación de Mujeres Productoras de Cárnicos del Caquetá “Asomupcar”	Su objeto social no está directamente relacionado con el sector productivo.

- Explica que las razones que se esgrimieron no consultan con la realidad y estima que tales decisiones están falsamente motivadas. Alega que igual ocurrió con otras asociaciones que fueron a su juicio indebidamente integradas a la Cámara de Comercio de Caquetá, de la que dice en sí misma no es una asociación productiva, sino una entidad que lleva el registro de quienes ejercen el comercio.
- Asimismo considera que la decisión sobre no encontrarlas habilitadas para el proceso de elección imponía que se les notificara de manera personal, lo que culminó por este motivo en la imposibilidad de ejercer recursos.
- Indica que varias de las asociaciones participantes no han renovado su registro mercantil y a pesar de ello se les permitió participar en dicho proceso electoral. Sin embargo, no identifica cuáles asociaciones se encuentran en tal situación.

1.2.2 Del concepto de la violación

El actor explica que el acto acusado debe anularse porque desconoce las siguientes normas:

- **Violación de normas legales**

Señala que se vulneran los artículos 66 y 67 del CPACA por cuanto el acta de fecha 16 de agosto de 2012, por medio de la cual se publicaron las entidades habilitadas e inhabilitadas en el proceso electoral, imponía que la Universidad y respecto de estas últimas, notificara personalmente tal decisión por cuanto con esta se puso fin a su participación en dicho proceso.

- **Violación de normas constitucionales**

En este acápite señala el actor que se les vulneró el derecho al debido proceso de las asociaciones “ASOCIAR”, “ASOVIPOAGRO” y “ASOMUCAR”, contemplado en el artículo 29 Superior, por cuanto y pese a que cumplían todos los requisitos exigidos para la participación en este proceso electoral fueron excluidas.

Que se vulneran los derechos a la igualdad y a elegir y ser elegido de la Asociación “ASOCIAR” pues considera que fue abruptamente excluida del concurso público para acceder al cargo de representante del sector productivo, y sin que exista motivo que así lo justifique.

- **Falsa motivación como vicio de anulación**

Frente a esta censura explica que este vicio “*se estructura cuando las razones fácticas o jurídicas (elemento causal del acto administrativo) en las que se funda una decisión de la administración faltan o no corresponden a la verdad y/o realidad, como cuando se dicta con base en unos hechos que no ocurrieron o considerando unas normas que no forman parte del ordenamiento jurídico*”

Que si bien el acto demandado fue proferido bajo el argumento que la asociación “ASOCIAR *NO pertenece al Sector Productivo*”, lo cierto es que tal y como se describe en la lista de gremios empresariales colombianos de cobertura nacional, según sector económico de producción expedido por el Departamento Nacional de Planeación del año 2000, esta asociación hace parte del sector terciario o de servicios, en cuyo numeral 7 se refiere al sector de la construcción, así:

3 El actor de esta demanda indica que es su representante legal.

“En este sector se incluyen las empresas y organizaciones relacionadas con las construcción, al igual que los arquitectos e ingenieros, las empresas productora (sic) de materiales para la construcción”

Indica que ASOCIAR si hace parte del sector productivo, por lo cual no existía motivo para quedar inhabilitada pues se cumplieron todos los requisitos exigidos por la convocatoria, máxime que la Cámara de Comercio de Caquetá si fue habilitada. Reitera que esta entidad en sí misma no es una asociación productiva sino una entidad que lleva el registro de otras que sí ejercen el comercio.

1.2.3 La admisión de la demanda

Por auto del 13 de marzo de 2014⁴ la Sala admitió la demanda de nulidad electoral y ordenó las notificaciones de rigor al demandado⁵ y al Presidente del Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, en su carácter de autoridad que expidió el acto acusado. También se resolvió sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en el sentido de negarla.

Y por auto del 20 de mayo de 2014 se dispuso que el expediente se remitiera al expediente N° 2013 – 0047, para resolver la acumulación procesal.

2. Contestaciones a las demandas

Durante el término de contestación de las demandas en contra de su elección como representante del sector productivo ante la Universidad de la Amazonía (Exp. N°s 2013 – 0047 y 2013 – 0056), el elegido señor Rafael Torrijos Rivera no hizo ninguna manifestación, pese a estar debidamente notificado.

La Universidad de la Amazonía por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda⁶. Se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de *i*) ineptitud sustantiva por indebida escogencia de la acción y *ii*) falta de legitimación en la causa.

Explicó como argumento de defensa que es necesario precisar que la elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía se rige por el Acuerdo 31 de 5 de octubre de 2010 “*Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario*”.

Dice que existe entonces una norma posterior que prima y desplaza de su aplicación al precepto que el demandante considera vulnerado, lo que conlleva que el examen de legalidad no pueda realizarse con apoyo en normas que no se encontraban vigentes.

Indica que el que la votación sea “*directa y pública*” conforme lo dispuso la Resolución N° 1631 del 2 de agosto de 2013, expedida por el Rector de la Universidad de la Amazonía, no implica que la elección sea nula.

3. Acumulación procesal

Por auto del 3 de julio de 2014 dictado en el expediente N° 2013 – 0047, se decretó la acumulación junto con el N° 2013 – 0056 y se dispuso el sorteo del Consejero que en adelante actuaría como ponente.

Realizada la diligencia le correspondió su dirección a la Consejera ponente quien en adelante evacuó el trámite dispuesto en el CPACA y citó a la celebración de la audiencia inicial.

4. La audiencia inicial

Por auto del 6 de agosto de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas en los autos admisorios, se dispuso señalar la fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo la diligencia en la cual la ponente se pronunció frente a la excepción de “*falta de legitimación en la causa por activa*”⁷, la que fue resuelta en el sentido de declararla infundada, porque entrándose de la acción de nulidad electoral según el artículo 139 del CPACA, “*cualquier persona*” podrá pedir la nulidad de los actos de elección. Que es el contencioso electoral el escenario procesal propio donde el juez define si una elección o un nombramiento estuvieron sujetos a la Constitución y a la ley. También resolvió frente a la excepción denominada “*indebida escogencia de la acción*”, en el sentido de señalar que el propósito de la acción que impetró el actor fue para “*procurar el orden jurídico*” y que no le asiste razón a la defensa de la Universidad por cuanto con esta acción no se persigue el reconocimiento de un derecho de carácter subjetivo.

Superado este aspecto sin recurso alguno se determinó la **pretensión y la fijación del litigio**, a cuyo análisis se hará mención en el acápite correspondiente en la parte motiva de esta providencia.

Es de aclarar que respecto de la fijación del litigio no se ejercieron recursos por las partes.

También hubo pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas (aportadas y pedidas), y en relación con estas tampoco se presentaron recursos.

⁴ Folios 193–198 vto. del expediente. En esta decisión fungió como ponente el doctor Alberto Yepes Barreiro.

⁵ Para tal efecto se comisionó al Tribunal Administrativo de Caquetá.

⁶ Únicamente se pronunció en relación con la demanda radicada bajo el N° 2013 – 0056.

⁷ Soportada en que el demandante no acreditó contar con poder para actuar en representación de la Asociación de Avicultores y Productores Agropecuarios de Florencia – Asovioproagro y a la Asociación de Mujeres Productoras de Carnícos del Caquetá – Asomupcar, entre otras organizaciones, que aspiraron a participar en la elección acusada pero que no fueron habilitadas. Que únicamente tiene la facultad para actuar en representación de la Asociación de Ingenieros y Arquitectos del Caquetá – Asociar, de quien el demandante es su representante legal.

5. Audiencia de práctica de pruebas

En la audiencia inicial se decidió que por tratarse de remisión de documentos no había lugar a la fijación de esta audiencia, motivo por el cual en aplicación de los principios de economía y celeridad, se prescindió de ella. En su lugar, se dispuso que por Secretaría se diera traslado a las partes y al Ministerio Público de la documental que se allegara al expediente, para que en caso de considerarlo, las objetaran.

Vencido el término correspondiente según se aprecia del traslado efectuado por la Secretaría, se informó que no hubo manifestación alguna (fl. 312 vto).

6. Audiencia de alegaciones

Por auto del 14 de octubre de 2014 se ordenó en los términos del artículo 181 numeral 2, en armonía con el artículo 286 del CPACA, que las alegaciones se presentaran por escrito.

El demandante, la Universidad de la Amazonia y el ministerio público, se pronunciaron como sigue:

6.1 Por el actor

El señor Albeiro Adolfo Benítez Vargas (demandante en el Exp. N° 2013– 0047) en su escrito de alegaciones dice que se ratifica en los planteamientos del libelo introductorio, del cual dice que el demandado no acudió a contestarlo como tampoco lo hizo frente al escrito que sustenta el trámite en el expediente N° 2013 – 0056.

Insiste en que el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia no tenía competencia para restringir la participación como electores de los inscritos bajo el entendido que esta se encontraba supeditada a la ratificación que dicho Ente Universitario.

Reitera que las razones de la exclusión de las tres asociaciones a las que se refirió no pueden resultar de recibo, por cuanto se favoreció a algunos sectores productivos, lo que a su entender, representa que no hubo igualdad entre los participantes.

Que la convocatoria contrarió el Estatuto General de la Universidad, el Estatuto Electoral y el Reglamento Electoral de la Universidad de la Amazonia.

Que la elección del representante del sector productivo de la Universidad de la Amazonia se realizó en contravía de las normas superiores y de los principios que rigen la función pública en los términos del artículo 209 de la C. P.

En lo demás reitera los cargos planteados en la demanda.

6.2 Universidad de la Amazonia

El apoderado del ente universitario se pronunció respecto del asunto bajo examen en los siguientes términos:

- Que la Universidad mediante el Acuerdo 32 de 2009 expidió el Estatuto Electoral con el propósito de establecer la reglamentación, trámite y demás actuaciones por las cuales se deben regir los procesos electorales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Acuerdo 62 de 2002.
- Luego dictó el Acuerdo 31 de 2010 por el cual se expidió el Reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario. Que en el artículo 3° se señalan los requisitos que deben cumplir los representantes que lo integran.
- Que para optar por ser representante del sector productivo existe un procedimiento especial y su elección se realiza en asamblea de aquellos que componen las ternas presentadas por quienes se presentan como integrantes del sector participante. Que tal procedimiento difiere del previsto para los demás miembros del Consejo Superior Universitario.
- Bajo esta óptica refiere que la elección en asamblea supone la inexistencia del voto secreto, pues lo allí manifestado, es de conocimiento de los asistentes como consta en el acta de elección demandada.
- Frente al cuestionamiento que realizan los actores respecto de que se consideraban hábiles para participar en el ejercicio democrático, considera que dada la condición de dichos actos, su examen se sujeta al ejercicio de los recursos e, incluso, a la presentación de la demanda contenciosa a través de la acción de nulidad restablecimiento del derecho, para cuestionar su legalidad.
- En cuanto a la alegación del vicio de falsa motivación y desviación de poder señala que los actores no proveen un soporte probatorio para acreditar la existencia de tales censuras.

Por lo expuesto, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

6.3 Ministerio Público

En cuanto al asunto litigioso la vista fiscal se pronuncia en relación con los aspectos que fueron objeto de fijación del litigio, en los siguientes términos:

- **Inaplicación de la convocatoria N° 003 del 31 de julio de 2013 y de la Resolución N° 1631 por la cual se convoca a la elección del Representante del sector productivo.**

Explica que el Consejo Electoral con fundamento en el artículo 6° del Acuerdo 031 de 2010, expidió la convocatoria electoral N° 03 del 31 de julio de 2013, que tenía por objetivo la de solicitar que por intermedio del Rector de dicha Universidad se convocara a la elección del representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia, en la que se fijaron las reglas previstas para el efecto.

Así, el Rector de la Universidad de la Amazonía de conformidad con el régimen estatutario y lo dispuesto en la Convocatoria expidió la Resolución N° 1631 de 2013 en la que se fijó en el artículo 5° que a la asamblea, solo pueden asistir en calidad de electores **“los integrantes de las ternas que fueron debidamente conformadas en las secretarías de las sedes de los departamentos donde la Universidad de la Amazonía haga presencia y que hayan sido debidamente Ratificados por el Consejo Electoral de la Universidad [...]”**

Para determinar si era posible la inaplicación realizó cotejo del Acuerdo 062 de 29 de noviembre de 2002 y la resolución Rectoral que convoca a la elección. Estableció que tales normas no son contradictorias pues lo que se impone es un proceso de designación o nombramiento de los representantes de los distintos gremios económicos en cada uno de los departamentos en los cuales tenga sede la Universidad, para ello se conformarían ternas o en su defecto se propondrán nombres de sus representantes y éstos a su vez en asamblea proceden a efectuar la elección del representante que será aquel que obtenga la votación mayoritaria.

Que no es cierto el poder de veto que se dice imponer frente a esta elección toda vez que de acuerdo con el artículo 5 del Acuerdo 32 de 2009, Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía, es evidente que una de las potestades del Consejo Electoral es el de *“delimitar y publicar la lista de quienes tienen derecho a participar”*, lo que implica que no es la mera inscripción la que concede la posibilidad de participar sino que es necesario que ella esté precedida de la observancia de los requisitos fijados.

- **Frente a la presunta violación de los artículos 29, 40 y 209 de la C. P.**

En lo que respecta a que no se le permitió impugnar la decisión que inhabilitó a algunas asociaciones, sostiene el Procurador que la omisión de la parte demandante al indicar la normas que permite el ejercicio de los recursos en sede administrativa imposibilita que se pueda realizar un examen concreto, máxime que estima que las asociaciones excluidas no tienen la incidencia de afectación en el resultado electoral.

- **Frente al presunta desconocimiento de los principios de igualdad, imparcialidad, voto secreto, transparencia, publicidad y de legalidad en el Estatuto Electoral.**

En relación con estos postulados advierte que no basta con enunciar un desconocimiento sino que se impone demostrar que en realidad el trámite eleccionario se realizó con desconocimiento de los mismos. En lo que respecta a la presunta violación del voto secreto insiste en que este carácter no se predica en esta elección, por cuanto la votación es pública.

- **No hubo designación de jurados de votación, ni de testigos electorales, no hubo cómputo ni escrutinio de votos, no se habilitó urna triclave ni clavelero, no se permitieron reclamaciones frente a la validez de votos.**

Estima que tales exigencias no se aplican a los procesos electorales como lo pretende el actor pues ello solo lo es respecto de elecciones que se hacen en el estamento universitario dado el grupo de personas que se habilitan para participar.

- **Desviación de poder y falsa motivación.**

Sobre el particular resalta que estas censuras se deben desestimar en razón a que los actores se limitan únicamente a enunciar la existencia de estos vicios sin respaldo probatorio alguno.

Bajo las anteriores premisas estima que debe negarse la pretensión de anulación del acto acusado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala tiene competencia para decidir, en única instancia, la demanda de nulidad electoral, en atención a la naturaleza jurídica de la Universidad de la Amazonía⁸ y al Consejo Superior que profirió el acto acusado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 149 del CPACA y también, en lo preceptuado en el artículo 13—4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁹, modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003.

2. El acto acusado

Lo constituye el *“Acta de cierre de Convocatoria elección representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia”* de fecha 20 de agosto de 2013, por medio de la cual resultó electo representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia el señor Rafael Torrijos Rivera, para un período de tres (3) años, contados a partir del día de su posesión.

3. De la fijación del litigio

Se trata de definir:

8 Ley 60 de 1982 “Por la cual la Regional Florencia de la Universidad Surcolombiana, se transforma en la Universidad de la Amazonia” [...] Artículo 2°. De la naturaleza jurídica y el domicilio. La Universidad de la Amazonia, es una institución de educación superior creada Como Establecimiento Público del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Educación Nacional con domicilio en la ciudad de Florencia, capital del Departamento del Caquetá.

La Universidad de la Amazonia podrá establecer dependencias seccionales, en los lugares de la Amazonia Colombiana cuyas necesidades de desarrollo así lo exijan.

9 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)
4. De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación.”
10 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado.

1. “Si hay lugar a **INAPLICAR** la Convocatoria Electoral N° 003 del 31 de julio de 2013, expedido por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia y la Resolución 1631 “Por la cual se convoca a la elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia” proferida el 2 de agosto de 2013 por el Rector de dicho ente Universitario. **ALEGAN LOS DEMANDANTES QUE TALES ACTOS SON CONTRARIOS A LAS NORMAS LEGALES Y ESTATUTARIAS**, acusación que soportan en la falta de competencia de dichas autoridades universitarias para “crear un procedimiento” a efectos de llevar a cabo la elección del representante del sector productivo de la Universidad, en tanto se “llamó a votar a quienes el Consejo Electoral consideró que podían hacerlo, y negó esta posibilidad a quienes no eran afectos a su candidato”.

2. Si existió violación de las normas superiores contenidas en los artículos 29, 40 y 209 de la Constitución Política y del Estatuto Electoral Universitario, contenido en el Acuerdo 32 de 2009, en razón a que a juicio de los actores se les negó a algunas asociaciones la oportunidad de participar en el proceso electoral. La censura la sustentan en que: i) Se estableció un nuevo procedimiento relativo a determinar que a la “Asamblea de elección, solo podrían asistir en calidad de electores, los integrantes de las ternas que fueron debidamente conformadas en las Secretarías de las Sedes de los Departamentos donde la Universidad de la Amazonía haga presencia y que hayan sido debidamente ratificados por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía” , ii) no se les permitió el ejercicio del recurso correspondientes a quienes no fueron habilitados para participar en la elección, iii) Se desconocieron los principios de igualdad, imparcialidad, voto secreto y publicidad del escrutinio, transparencia, publicidad y de legalidad establecidos en el Estatuto Electoral, que manifiestan son aplicables a “todos los procedimientos de elección de la Universidad de la Amazonía”, en específico, porque se omitieron los momentos procesales establecidos en el referido estatuto y se realizó la votación de manera pública y no mediante voto secreto, y iv) que la elección se adelantó sin la designación de jurados de votación, testigos electorales, no hubo computo ni escrutinios de votos, no hubo urna triclave ni clavero, no se permitieron reclamaciones frente a la validez de votos. Para resolver lo anterior, se examinará el argumento de defensa que planteó la Universidad de la Amazonía, relativo a la vigencia y aplicabilidad del Acuerdo N° 31 de 2010.

3. Si el trámite adelantado para la elección acusada vulneró la Ley 30 de 1992, los Estatutos y el Código

Electoral de la Universidad en razón a lo que denominan los demandantes “un veto en favor de la administración” y en contravía de los principios de igualdad, confianza y respeto mutuo.

4. Si hubo desviación de poder en la elección en razón a que se alega que la convocatoria se realizó de manera amañada para de esa manera garantizar y favorecer la perpetuidad de un grupo en la administración de la Universidad, para luego definir la elección del rector, y

5. Si el acto acusado está precedido de falsa motivación soportado en que el rector de la Universidad de la Amazonía carecía de competencia para expedir la Resolución 1631 del 2 de agosto de 2013, y “en ese sentido su vicio afecta la presunción de legalidad y ameritan su declaratoria de nulidad como del acto definitivo de elección”.

4. De la decisión

4.1. De las pruebas que obran en el proceso

Corresponde en primer lugar y con el fin de resolver sobre las censuras que constituyeron la fijación del litigio, examinar el material probatorio que se acompañó con las demandas acumuladas, la contestación por parte de la Universidad de la Amazonía y aquellas que con ocasión de decreto de pruebas se agregaron al expediente. Todo lo anterior a efectos de tener claridad si los actos previos que se dictaron con el propósito de realizar la elección que aquí se acusa, desconocen o contradicen normas de índole superior en las que deberían fundarse.

La Ley 30 de 1992, los Estatutos de la Universidad, el Reglamento del Consejo Electoral y los actos emitidos con el fin de convocar a la elección del representante del sector productivo, constituyen los parámetros normativos a examinar para resolver, los siguientes:

- Ley 30 de 1992 “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”

Artículo 64. EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO ES EL MÁXIMO ÓRGANO DE DIRECCIÓN Y GOBIERNO DE LA UNIVERSIDAD Y ESTARÁ INTEGRADO por: a) El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional. b) El Gobernador, quien preside en las universidades departamentales. c) Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario. d) **Un representante** de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno **DEL SECTOR PRODUCTIVO** y un exrector universitario. e) El Rector de la institución con voz y sin voto. **Parágrafo 1°** En

las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el Consejo Superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el Gobernador. Parágrafo 2° Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y periodo de permanencia en el Consejo Superior, de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo.

- Estatuto General de la Universidad de la Amazonía. Acuerdo 62 de noviembre 29 de 2002 "Por el cual se deroga el Acuerdo 064 de 1993, y se adopta el Estatuto General de la Universidad de la Amazonia"

En relación con la composición¹¹ del Consejo Superior Universitario los Estatutos contemplan lo siguiente¹²:

"Artículo 24. CONFORMACIÓN. EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO es el máximo órgano de dirección de la Universidad de la Amazonía. **Estará integrado por:**

a) [...]

g) **Un representante del sector productivo,** quien deberá:

- . Ser profesional universitario
- . No estar incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad que establece la Ley.
- . Ser elegido por los representantes nombrados en cada departamento donde tenga presencia la Universidad, en Asamblea de los integrantes de las ternas presentadas por los respectivos sectores de la producción reconocidos legalmente, previa convocatoria pública del Rector."

- Acuerdo 32 de 2009 "Por el cual se expide el Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonia", dictado por el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia.

"Artículo 3°. EL SUFRAGIO. El sufragio es universal, directo, libre y secreto. Los demás actos electorales

serán públicos. Parágrafo. **El sufragio podrá ejercerse de manera directa, electrónica o por poder, cuando así lo disponga el Comité Electoral de la Universidad de la Amazonia.**

Artículo 4°. AUTONOMÍA DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. Se garantiza la autonomía, independencia e imparcialidad de las autoridades electorales.

Artículo 5°. DELIMITACIÓN DE LAS CIRCUNSCRIPCIONES. En atención al tipo de elección o consulta, la autoridad electoral con antelación **no menor a cinco (5) días hábiles a la realización de elecciones delimitará y publicará la lista de quienes tienen derecho a participar en las mismas, en los diferentes sitios de votación que se dispongan.**"

Acuerdo 31 de 2010 "Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancias de la institución", proferido por el Consejo Superior Universitario.

"[...] Requisitos para las convocatorias electorales

Artículo sexto: Competencia y Condiciones. La resolución de convocatoria en cada caso deberá ser expedida por el funcionario competente por lo menos con dos (2) meses de antelación a la fecha de vencimiento del periodo respectivo y en dicho acto administrativo se consignarán, las siguientes condiciones, **que serán definidas por el Consejo Electoral de la Universidad** mediante convocatoria electoral, conforme a la normatividad vigente :

- Representación a proveer.
- Requisitos
- Período
- Acto de inscripción de candidatos y fechas.
- Organización y Preparación.
- Designación de jurados y escrutadores.
- Fecha y lugar de la elección.
- Expedición de listados. Mecanismos de escrutinio. Fecha de promulgación de resultados.
- Notificación y nombramiento de elegidos.
- Mecanismos de Difusión.

11 Durante el proceso eleccionario esta norma aún no había sido objeto de suspensión provisional.

12 Debe precisarse que esta norma fue objeto de suspensión provisional por esta Corporación en virtud de la demanda impetrada por el ciudadano Eduardo Andrés Gómez Rodríguez en ejercicio del medio de control de nulidad presentó demanda contra el artículo 24 del Acuerdo N° 62 de 2002, "Por medio del cual se deroga el Acuerdo 064 de 1993 y se adopta el Estatuto General de la Universidad de la Amazonia". La demanda le correspondió por reparto al Despacho que conduce la Consejera de Estado, dra. María Elizabeth García González quien por auto de ponente de fecha 6 de agosto de 2013, dispuso decretar la suspensión provisional de la disposición cuestionada. Tal decisión se notificó por estado del 13/09/2013. Contra tal decisión, la entidad demandada ejerció recurso de súplica, que fue decidido por auto del 7 de abril de 2014, en el sentido de confirmar la suspensión decretada. Esta providencia se notificó por estado fijado el 09/06/2014.

Parágrafo. En el evento en que ocurra vacancia absoluta por causa distinta al vencimiento del período de alguno los miembros de representación se deberá realizar, dentro de los siguientes diez (10) días calendario, todo el proceso de elección y designación del representante que deba ocupar la representación vacante.

Convocatoria Electoral N° 003 “Por la cual el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia convoca a la elección del representantes del Sector Productivo”, expedida por el Consejo Nacional Electoral de la Universidad de la Amazonia.

En el artículo primero se solicitó que el Rector de la Universidad de la Amazonia convocara a dicha elección y fijó el siguiente calendario:

Inscripción de candidatos	Del 5 al 15 de agosto de 2013
Elección del representante	20 de agosto de 2013

Se estableció que la inscripción debía ser personal y acompañar como documentos, los siguientes:

1. Documento de identidad
2. Documento que lo acredite como Profesional Universitario
3. Aval por el Sector Productivo
4. Formato de Inscripción diligenciado

El procedimiento para la elección según el artículo tercero es el siguiente:

“Integradas las ternas de los candidatos aspirante a la Representación convocada o conocidos los nombres de los aspirantes en donde no fue posible conformarlas, se procederá al desarrollo de la Asamblea de elección del Representante del sector Productivo, que tendrá lugar en la Sala de Juntas de la Rectoría, de manera exclusiva e improrrogable el día veinte (20) de agosto de 2013 en el horario comprendido entre las nueve de la mañana (09:00 a. m.) a las once de la mañana (11:00 a. m.) hora oficial colombiana.

Para tal efecto, se deberá tener en cuenta el sistema de votación directa y pública, y se tendrá como ganador al aspirante que alcance el mayor número de votos de las personas asistentes con derecho a voto. [...].”

En los términos del artículo 4° “A la Asamblea de elección, sólo podrán asistir en calidad de electores, los integrantes de las ternas que fueron debidamente conformadas en las Secretarías de las Sedes de los Departamentos donde la Universidad de la Amazonía haga presencia y que hayan

sido debidamente ratificadas por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía”.

- **Resolución N° 1631 de 2013.** Proferida por el Rector de la Universidad de la Amazonía “*Por la cual se convoca a la elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía*”.

Esta resolución desarrolla en siete artículos las normas que rigen la convocatoria, que en lo pertinente reitera los términos de la Convocatoria N° 3 de 2013.

- Acta N° 006 del 16 de agosto de 2013, en la cual se registró la Reunión Extraordinaria del Consejo Electoral a efectos de llevar a cabo el análisis de los requisitos de los candidatos inscritos para la Convocatoria Electoral N° 003 de 2013. (fls. 167 – 180 C. ppal.)
- Acta de Cierre de Convocatoria “*Elección Representantes del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía*”. En esta se registra el resultado que dio como vencedor al señor Rafael Torrijos Riveras con 31 votos¹³.
- En cuaderno de pruebas se encuentra el soporte de las inscripciones recibidas en las diferentes sedes de la Universidad para la elección acusada.

4.2. Del caso concreto

Verificada la normatividad aplicable y las pruebas necesarias para adoptar la decisión que corresponde procede la Sala a despachar las censuras objeto del litigio, así:

- **Inaplicación por ilegalidad de la Convocatoria Electoral N° 003 de julio de 2013 y Resolución N° 1631 de 2013.**

Es propósito de esta acción que previo a examinar la legalidad y la constitucionalidad del acto de elección se resuelva sobre la solicitud de inaplicación por la excepción de ilegalidad que el demandante propone en contra de los actos expedidos por el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia y el Rector de dicho Ente Universitario convocando a la elección de los representantes del Sector Productivo ante el Consejo Superior Universitario.

Basa su solicitud en el hecho de considerar que contrarían las normas legales y estatutarias en cuanto a su juicio fijan un procedimiento no contemplado que dice y asegura, restringió la participación de algunas Asociaciones al fijar una **ratificación** no existente con el fin de inhabilitar en la participación, votación y elección de dicho representante, en pro de beneficiar la reelección del Rector de dicho ente universitario.

¹³ Folio 181 del Cuaderno Ppal.

En cuanto a la solicitud de inaplicación de actos administrativos por la excepción de ilegalidad, de hallarla probada el juez procederá a no tomar en cuenta tales actos generales, a no considerarlos válidos jurídicamente para resolver sobre la constitucionalidad y legalidad de otro acto particular que se examina y define.

Así, por medio de esta solicitud o vía excepción, se le permite al operador jurídico abstenerse de aplicar una norma por considerarla violatoria del ordenamiento superior, así no haya sido demandada ni declarada su nulidad y de esta manera impedir que el acto viciado de ilegalidad produzca efectos jurídicos en el caso concreto.

El origen de esta herramienta se encuentra previsto en el artículo 4° de la Carta Política, al señalar que: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”.

Por su parte el artículo 148 del CPACA¹⁴ autoriza al juez vía control excepcional “*inaplicar*” con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la constitución y la ley.

Con tal precisión la Sala asumirá el análisis de la excepción planteada en contra de dichos actos generales de convocatoria que precedieron la elección que se acusa, en los términos de la fijación del litigio, respecto del cual se insiste no existió oposición por la parte demandante.

Ahora bien, de acuerdo con los señalamientos que se esbozaron con el propósito de hacer procedente la inaplicación por ilegalidad del Acuerdo 003 de 2013 y la Resolución 1621 de 2003, por las cuales se convoca a la elección del representante del sector productivo de la Universidad de la Amazonia ante el Consejo Superior, para la Sala es claro que las razones de su fundamento radican en meras apreciaciones y alegaciones carentes de real concreción que permitan evidenciar su contrariedad con las normas en que deberían fundarse pues estas no prohíben lo que tales actos generales preceptúan. A tal conclusión se llega porque:

- Valorar el vicio de falta de competencia que se plantea en la demanda, como motivo para inaplicar los actos de convocatoria a las elecciones, impone que en primer lugar se precise que esta causal de anulación de los actos administrativos supone que “*una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o*

cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)”¹⁵.

- La alegación se soporta en que el Rector de la Universidad de la Amazonía carecía de facultad para fijar o señalar un procedimiento para la designación del representante del sector productivo, pues a su juicio este procedimiento está fuera de las potestades que en condición de rector le corresponde ejercer, en tanto estima que ello implica restricción de participantes en dicho proceso para favorecer su reelección.
- Al respecto vale señalar que el Acuerdo 32 de 2009 “*Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía*”, determina que el propósito de la expedición de esta normativa es que las elecciones a cumplirse en dicho Ente se rijan por procedimientos preestablecidos. Así, el artículo 28 le concede la facultad al Rector de la Universidad para que convoque a elecciones y consultas, acorde con el calendario fijado por el Consejo Electoral de la Institución, que en este caso se produjo en la convocatoria N° 003 de 2013.
- Esta potestad es reiterada en el Acuerdo 31 de 2010 “*Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancias de la institución*” al prever que la elección del representante del sector productivo debe realizarse “*previa convocatoria pública del Rector*”.
- De esta manera es claro que el Rector sí era el competente para convocar a tales elecciones.
- Ahora bien, este Acuerdo 31 de 2010 reitera los requisitos a cumplir por parte de quienes se postulan como candidatos a ejercer como representantes al Consejo Superior Universitario y su periodo¹⁶. Lo anterior de conformidad con las normas superiores en las que se basan, esto es, la Ley 30 de 1992 y los Estatutos Universitarios.
- En esta medida, su artículo 6°, impone que en el acto de convocatoria de elección se consignen las condiciones bajo las que se regirá la designación. En este caso específico, los requisitos que deben cumplir los participantes.
- Bajo esta consideración, determinarse que los integrantes de las ternas debidamente conformadas en las Secretarías de las Sedes de los departamentos donde la Universidad tenga presencia, conformarán la asamblea que elegirá a los representantes del sector productivo, y establecer los

¹⁴ 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. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.

¹⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. C. P. dr: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 19 de junio de 2008. Radicación número: 25000–23–25–000–2000–02814–01(0316–05). Actor: Fernando Salamanca Archila.

¹⁶ Artículo 3°.

requisitos que éstos deben cumplir, no constituyen un gravamen o veto al ejercicio y participación de los interesados en la conformación del Consejo Superior de la Universidad, en calidad de representante del sector productivo, pues tal elección impone que esté regida por un procedimiento y la previa fijación de requisitos. Se trata pues de una actuación reglada.

- Ahora, la ratificación de que habla el citado artículo 5° de la Resolución 1631 de 2013, por la cual el rector de la Uniamazonia convocó a las elecciones del representante del sector productivo ante el Consejo Superior, a la que se oponen los accionantes no es el mecanismo por medio del cual el Consejo Electoral en su potestad y competencia, corrobora y verifica la oportunidad de la inscripción y el cumplimiento de los requisitos que se le exigen al integrante de la terna de la que se elegirá a dicho.
- Así que no resulta de recibo la excepción de ilegalidad planteada respecto de dichos actos – *Convocatoria N° 03 de 2013 y Resolución 1631 de 2013* – pues carece de fundamento tal argumento de la falta de competencia predicable del rector de la Universidad y porque el sentido de la denominada ratificación es que los participantes en dicho trámite cumplan con los requisitos previamente fijados en los Estatutos Universitario y el Acuerdo 31 de 2010.
- **En relación con la creación de un nuevo procedimiento para la oportunidad de participar en el proceso eleccionario.**

Frente a esta censura huelga insistir en los anteriores argumentos en los que se determinó con claridad que la exigencia de la verificación del cumplimiento de los requisitos por parte de los elegidos como integrantes a las ternas de las cuales se elegirá al representante del sector productivo ante el Consejo Superior Universitario, que realiza el Consejo Electoral es parte de sus competencias asignadas en su condición de autoridad electoral¹⁷, pues le corresponde según el artículo 10 del Acuerdo 32 de 2009 “*k. verificar el cumplimiento de los requisitos de inscripción de los aspirantes y expedir los actos administrativos correspondientes dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha del cierre de inscripciones*”.

De manera que el examen que el Consejo Electoral cumplió en la reunión del 16 de agosto de 2013, en la que analizó el cumplimiento de los requisitos por parte de los inscritos a la Convocatoria N° 003 de 2013 para la elección del representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior Universitario, obedeció al ejercicio de tal potestad, previamente asignada en la correspondiente convocatoria.

Luego entonces no es cierto que se hubiera creado un nuevo procedimiento y a tales reglas los participantes aceptaron acogerse al momento de registrar su inscripción.

Además es de precisarse que este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 7° del Acuerdo 31 de 2010 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior del ente universitario, que dispone: “*El Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonía establecerá las formas y procedimientos requeridos para que cada convocatoria de elección garantice la participación democrática de los estamentos de conformidad con las normas vigentes*”.

Y es que los actores supeditan el argumento de falta de competencia que elevan frente al acto de Convocatoria N° 003 de 2013 y la Resolución 1631 de 2013 con incidencia en el acto de elección, al insistir que haber previsto un “*procedimiento*”, entendido como el método del cómo se procedería en el desarrollo del proceso electivo del representante del sector productivo, implicó que se excediera en el ejercicio de sus facultades, porque los requisitos se establecieron en los Estatutos de la Universidad y allí no se fijó una exclusión como la que se impone en tales actos.

Al respecto, para la Sala, este examen que la convocatoria denomina: “*ratificación*” frente a los inscritos y el cumplimiento de los requisitos por parte de éstos, es una situación que no merece el reproche de invalidez que invocan los actores, pues era necesario que efectivamente las exigencias impuestas para el ejercicio de la representación se diera bajo el estricto estudio que estuvieran habilitados para participar. Así, la calificación de los sujetos participantes con intención de obtener dicha representación era una etapa necesaria para conformar las ternas que se presentarían en la Asamblea fijada como sistema para esta elección.

Un entendido diferente como el que proponen los actores permitiría que todos los inscritos quedaran validados para participar en la elección, independientemente de si tenían vocación para el ejercicio de este derecho, que está restringido, se insiste, a quienes integran un sector específico dentro de los departamentos en donde la Universidad de la Amazonía tiene presencia, y que requerían por esta calificación, un examen previo para validar su participación.

- De la obligatoriedad de notificar personalmente la inhabilitación de las asociaciones inscritas al proceso eleccionario y la imposibilidad de ejercitar los recursos contra tal decisión.

Los demandantes alegan que el Consejo Electoral inhabilitó concretamente a la Asociación de Ingenieros y Arquitectos del Caquetá – Asociar, y otras dos asociaciones¹⁸ y les impidió participar como electores en dicho proceso y que tal decisión se produjo sin que les hubiera sido notificada de manera personal, en los términos de los artículos 67 y 69 del CPACA.

17 Artículo 7° del Acuerdo 32 de 2009.

18 Asoviaproagro y Asomuocar.

Pues bien, al respecto ocurre que aunque en efecto la exclusión del proceso de convocatoria a elección les impidió continuar en este trámite eleccionario, tal determinación no estaba sometida a una notificación de carácter personal pues la forma de comunicar las decisiones dictadas con ocasión de la convocatoria, en los términos del artículo noveno del Acuerdo 31 de 2010, es mediante divulgación que se hace a través de la página web y la emisora universitaria, reglas que se observaron en este trámite y a las que está sometida.

Sumado a lo anterior, la Convocatoria N° 03 de 2013, determina en el artículo octavo que para garantizar el proceso democrático las decisiones se publicaran en la página web y se divulgaran por la Emisora de la Universidad y, que en todo caso, los procedimientos no previstos en esta se realizaran de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 32 de 2009¹⁹.

Luego, el reclamo de que tales decisiones les fueran notificadas de manera personal desconocería las normas en esta materia, y constituirían oposición al ejercicio de la autonomía que rige la actividad universitaria en relación con la integración de sus órganos de dirección.

En similares términos se pronunció esta Sección en reciente sentencia:

“[...] En relación a este asunto, analizado el artículo 9^o del Acuerdo No. 31 de 2010²¹ y la misma Convocatoria No. 005 de 2013, artículo 12^o, se advierte que en ambos actos al referirse a la necesidad de efectuar publicaciones estas se harán en la página web de la Universidad de la Amazonía por lo que resulta inadmisibles aducir que la página web de la Universidad es un sitio que solo la institución conoce, PUES COMO QUEDA DEMOSTRADO ESTE MEDIO DE PUBLICACIÓN –LA PÁGINA WEB DE LA UNIVERSIDAD– FUE ANUNCIADO COMO TAL DESDE LA MISMA CONVOCATORIA DEL PROCESO ELECTORAL, POR LO QUE ERA DE CONOCIMIENTO PÚBLICO DE LOS INTERESADOS²³.”

En todo caso, es de resaltar que no es cierto que no haya habido notificación a los participantes. La misma se cumplió en los términos previamente fijados por la convocatoria, y en esa

medida no pueden desconocerse los efectos y la consecuencia que en virtud de esta comunicación vía web de la página oficial de La Universidad se realizó.

Ahora bien, la remisión que plantean los demandantes a la normativa del CPACA, desconocería que la convocatoria es un proceso público por el cual se cita a los interesados a participar en dicho trámite y al que los participantes se acogen. Es de resaltar que tal normativa para este proceso de carácter especial, constituye ley para las partes. Además, debe decirse que este proceso por sus características no es de carácter particular y, por lo mismo, no impone una notificación como la que reclaman los actores, pues se insiste, se rige por las normas de la convocatoria y aquellas a las que esta se refiere.

De esta manera, tampoco es aceptable que sustentado en la falta de notificación personal de la inhabilitación que determinó el Consejo Electoral frente a unas asociaciones participantes, se invoque que no se les permitió el ejercicio de los recursos en contra de tal determinación. Para la Sala, es evidente que no existe prueba que frente a tal decisión las asociaciones interesadas hubiesen planteado o elevado oposición alguna y que la autoridad electoral se haya negado a darles curso a sus reclamos.

Este hecho descarta de plano la acusación carente de soporte que endilgan los accionantes al trámite, pues a sabiendas de que el proceso eleccionario culminaba según cronograma establecido el 20 de agosto de 2013, solo hasta tal fecha y luego de ocurrida la elección concurren – únicamente en el caso de ASOCIAR –, mediante el ejercicio del derecho de petición a solicitar explicación sobre las razones de su no ratificación, las cuales quedaron registradas en el acta de verificación de la reunión celebrada el 16 de agosto de 2013.

Valga recordar que en los términos del artículo 32 del Acuerdo 32 de 2009 contra los actos del Consejo Electoral de la Universidad procede el recurso de reposición, el cual debe presentarse por escrito. Así y, comoquiera que no existe en el expediente reclamo sobre la omisión de dicha autoridad de dar trámite a un recurso, que de paso y de manera evidente, no se ejercitó, pese a que así lo contempla la norma remisoría en los términos de la Convocatoria²⁴. Entonces, es improcedente aceptar el reclamo que en dicha sede se formuló con el propósito de cuestionar tal decisión, pues de lo acontecido en dicha revisión según consta al folio 373 del cuaderno de pruebas, el Consejo Electoral dio cuenta el 16 de agosto de 2013 a la comunidad en general, respecto de la revisión y la verificación de los requisitos de los inscritos a dicha convocatoria.

De hecho, se reitera que solo hasta el día en que se produjo la elección – 20 de agosto de 2013 – el Presidente de una de las Asociaciones inhabilitadas presentó en ejercicio del derecho de petición una solicitud a efectos de que se le explicara el porqué de los motivos de su exclusión, circunstancia que evidencia que no atacó en oportunidad tal decisión, teniendo la posibilidad de hacerlo, de acuerdo con las reglas que rigen las convocatorias a

19 Artículo 10 de la Convocatoria Electoral N° 003 de 2013.

20 “Difusión. Para garantizar la transparencia de los procesos democráticos en la elección de los representantes que se convocan, la convocatoria se publicará y divulgará a través de la página web y la emisora de la Universidad”.

21 “Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancia de la institución”

22 “Publicidad. Para garantizar la transparencia del proceso democrático que por este acto se convoca se deberá (...) publicar en la página web y en las carteleras de la institución...”

23 Consejo de Estado– Sección Quinta, Sentencia del 4 de diciembre de 2014. Exp. N° 110010328000201400006 00. Consejera Ponente. Dra. Luccy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

24 Según el artículo noveno de la Convocatoria Electoral N° 003 de 2013.

elección de estos estamentos de la Universidad.

La omisión de ejercitar el recurso procedente en el que debió cuestionar la razón o motivo de su inhabilitación representa que a esta jurisdicción le esté vedado examinar sobre la clasificación que el Consejo Electoral le concedió a Asociar para excluirla del trámite eleccionario, al estimar que no pertenecía al sector productivo que fue convocado con el fin de elegir su representante ante el Consejo Superior Universitario. Era necesario que tal oposición se hubiera alegado en la oportunidad prevista para el efecto ante la autoridad electoral y que esta se hubiera ratificado en su decisión, pues precisamente esta es la razón de ser los mecanismos de oposición con incidencia directa en la elección.

Así las cosas, no existe motivo para tener por probada las censuras alegadas.

- **En relación con el veto de la participación y favorabilidad y perpetuidad al Rector de la Universidad y violación de la normas del Código Electoral**

En la demanda los actores relacionan los principios que gobiernan la actividad electoral popular según lo dispone el artículo 1^o²⁵ del Código Electoral. Dice que a través del presente trámite eleccionario se desconocieron tales principios porque asegura hubo un marcado intereses para favorecer con esta elección la perpetuidad y reelección del Rector de la Universidad.

Sobre el particular es del caso reiterar²⁶ que las normas del

25 “Artículo 1^o. El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:

1^o Principio de la imparcialidad. Ningún partido o grupo político podrá derivar ventaja sobre los demás en la obtención de la cédula de ciudadanía para sus afiliados, ni en la formación de los censos electorales, ni en las votaciones y escrutinios; y sus regulaciones garantizarán la plena responsabilidad y la imparcialidad política de los funcionarios adscritos a ella.

Este principio constituye la norma de conducta a la cual deberán ceñirse rigurosamente todas las personas encargadas de cumplir cualquier función dentro de los organismos electorales.

2^o Principio del secreto del voto y de la publicidad del escrutinio.

El voto es secreto y las autoridades deben garantizar el derecho que tiene cada ciudadano de votar libremente sin revelar sus preferencias.

El escrutinio es público, según las reglas señaladas por este código y las demás disposiciones electorales.

3^o Principio de la eficacia del voto. Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones, se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector.

4^o Principio de la capacidad electoral. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida.

5^o Principio de la proporcionalidad. Dentro del marco del sistema del cociente electoral, las corporaciones escrutadoras asegurarán la representación proporcional de los partidos y grupos políticos expresada en las urnas, conforme al artículo 172 de la Constitución Nacional.”

26 Consejo de Estado – Sección Quinta. Sentencia del 15 de diciembre de

Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) no resultan aplicables a este trámite electoral, comoquiera que entrándose de estos procesos y dada la autonomía universitaria que se predica de dicho ente de educación superior, esta determinación supone y habilita a las universidades a darse sus propios reglamentos, en los términos del artículo 3^o²⁷ de la Ley 30 de 1992.

Así, los entes universitarios pueden regirse por sus propias normas, dentro de los marcos constitucionales y legales y, estas debido a tal condición, deben respetarse por la comunidad universitaria, en tanto dicha autonomía se materializa, no solo en la capacidad para definir sus estatutos o reglamentos, sino en la elección de sus directivas.

Y fue precisamente bajo tal entendimiento que se observó el trámite eleccionario, del cual como ya se dijo no se advirtió veto alguno a los inscritos, como lo predicaban con insistencia los demandantes. Era necesario y obligatorio que el Consejo Electoral de la Universidad en desarrollo de las funciones que le están asignadas en los términos del artículo 10 del Acuerdo 32 de 2009, verificara el cumplimiento de los requisitos de los participantes y determinara quienes no se encontraban habilitados para integrar las ternas, lo que de ninguna manera implica que se esté restringiendo el derecho de acceso a estos cargos, pues previo a ello, necesariamente debe observarse por parte de los interesados en dicho proceso, los requisitos que su ejercicio impone. Precisamente fue este procedimiento el que se cumplió respecto de algunos inscritos que no compartieron la decisión de inhabilitación, de la que se insiste, no fue objeto del recurso pertinente.

Cabe resaltar que pese a que se alega en las demandas que se permitió la participación de “*algunas asociaciones*” que no habían renovado el registro mercantil, tal acusación carece de determinación y por este motivo, para la Sala es imposible adentrarse a un examen que no pasa de ser un simple comentario sin sustento ni explicación suficiente que amerite un pronunciamiento.

Este cargo por las razones expresadas, no prospera.

- **Falsa motivación**

Los accionantes aducen que el acto de elección está precedido de falsa motivación porque el Rector no tenía competencia para expedir la Resolución 1631 de 2013 “*Por la cual se convoca a la elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia*”, hecho que afecta de nulidad el acto de elección.

Debe precisarse que para probar la falsa motivación es

2014. Acción de nulidad electoral. Radicación Interna: 2014 – 0016. Actor: Henry Alexander Cortés Cubillos. Demandado: Leónidas Rico Martínez. C. P. Susana Buitrago Valencia.

27 Artículo 3^o El Estado, de conformidad con la Constitución Política de Colombia y con la presente Ley, garantiza la autonomía universitaria y vela por la calidad del servicio educativo a través del ejercicio de la suprema inspección y vigilancia de la Educación Superior.

necesario que se demuestre una de dos circunstancias: i) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; y ii) que la administración omitió tener en cuenta aquellos hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados, habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Lo anterior impone que los hechos que fundamentan la decisión administrativa sean reales y en la medida en que las alegaciones, no se soportan en ninguna de las circunstancias precitadas, lo lógico es señalar que el cargo no se probó.

Además, la Sala advierte que los argumentos que sustentan la censura que se plantea en realidad se circunscriben a un vicio diferente del que se invoca, pues las explicaciones dan cuenta de una presunta incompetencia del Rector al expedir la Resolución 1631 de 2013, y que no se identifica con el concepto de la falsa motivación. Por este motivo, no hay lugar al examen de esta censura bajo la determinación de las explicaciones del cargo aquí alegado.

Además, respecto de tal señalamiento – la incompetencia – la Sala se manifestó al resolver sobre la excepción de ilegalidad planteada. Por ello, se impone reiterar que en los términos del artículo 28 del Acuerdo 32 de 2009, le compete al Rector “convocar a las elecciones y consultas acorde con el calendario electoral aprobado por el Consejo Electoral de la Institución”, actuación que precisamente se cumplió en los términos dispuestos por la Convocatoria N° 003 de 2013, expedida por el Consejo Electoral.

En relación con la alegación de que el tiempo para entender la Resolución 1631 de 2013 fue insuficiente, carece de argumento jurídico válido porque los actos administrativos tienen efectos a partir de su publicación, comunicación o notificación en los términos de los artículos 65 y s.s. del CPACA, según el caso y no es necesario como lo reclama el actor, que exista un período de asimilación del contenido normativo, pues ello desvirtuaría los atributos de firmeza y ejecutividad de los que están investidos.

• Desviación de poder

De la manera como fue sustentado este motivo de nulidad del acto, esto es, atribuyéndole que el procedimiento adelantado estuvo precedido de actitudes “amañadas” o “maniobras audaces” dirigidas a lograr la reelección del rector, para la Sala esta argumentación no pasa de ser un comentario que no logró acreditarse. En esa medida, no es posible que la Sala advierta la presencia de ninguno de estos vicios.

Esta Sala²⁸ ha dicho que para que se estructure el vicio por desviación de poder se requiere que:

“[...] la Administración, al utilizar sus poderes, actúe pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho le corresponde de manera general, o de manera particular como autoridad específica frente a tal atribución. El iter desviatorio de este vicio se produce en el interior, no propiamente de la Administración, sino de las personas naturales que la representen, razón que hace que su estudio y su juzgamiento deban penetrar las barreras de lo objetivo o formal y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del autor del acto. El desvío del poder no puede entonces presumirse, sino que es preciso que se demuestre, al menos con indicios que permitan deducirlo, que a pesar de la apariencia de legalidad del acto, éste fue utilizado por la autoridad que lo produjo como un medio para buscar una finalidad que contraría la constitución o la ley, porque no corresponde al objetivo que se pretendió por el legislador al conceder la atribución de la que goza ese servidor público o cuerpo colegiado del Estado” (...).

En el presente caso, la acusación no pasó de ser una mera manifestación y en esa medida, no es claro que esté demostrada la desviación de poder, pues no puede considerarse que se incurrió en esta por la votación que obtuvo el elegido, que le permitió ser designado para dicho cargo, por cuanto se inhabilitaron a algunas asociaciones que se presentaron al proceso electoral.

• Vigencia del Acuerdo 31 de 2010

Es del caso que la Sala se pronuncie sobre el argumento de defensa que planteó la Universidad de la Amazonía frente a la aplicación preferente del Acuerdo 31 de 2010, sobre el Acuerdo 32 de 2009 tantas veces citados, y según quedó evidenciada en la audiencia inicial al fijar el litigio.

En relación con el tema quedó claro que tales acuerdos se encuentran vigentes y regulan aspectos diferentes, que si bien se complementan, es el Acuerdo 31 de 2010 el que regula lo que corresponde con la elección de los miembros que integran el Consejo Superior Universitario, luego en los aspectos analizados es claro que tales acuerdos producen plenos efectos y deben aplicarse en la medida en que se encuentran amparados por la presunción de legalidad.

En todo caso, no sobra reiterar lo dicho por esta Sección en relación con la vigencia y aplicación de tales acuerdos:

“Reitera la Sala que es el Acuerdo No. 31 de 2010 el que regula de las elecciones de los Representantes ante el Consejo Superior Universitario y no como lo quiere hacer ver el actor el del Acuerdo 32 de 2009, pues esta última es el Estatuto Electoral de la universidad de la Amazonía que tiene carácter

²⁸ Consejo de Estado – Sala de Lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta C. P. Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 15 de julio de 2010. N° Radicación 11001-03-28-000-2009-00009-00. Actor: María Claudia Pavajeau Urbina y otro. Demandado: Notaría 46 del Círculo de Bogotá.

general mientras que como ya se explicó en citado Acuerdo 31 es la norma especial que rige para las elecciones ya descritas²⁹.

- De la presunta ilegalidad por haberse emitido el voto de los electores de manera pública.

Finalmente corresponde a la Sala pronunciarse frente a este cargo respecto del cual los accionantes estiman que afecta de nulidad el acto acusado porque al ejercerse el derecho al voto, la expresión y su sentido no fue secreta.

Para resolver lo pertinente es del caso resaltar que de acuerdo con las reglas de la Convocatoria N° 003 de 2013 el sistema a emplearse en este proceso eleccionario era el de “*la votación directa y pública*”.

Ahora bien, aunque los demandantes no plantean propiamente una excepción de ilegalidad respecto de este aspecto, si consideran que dicha Convocatoria y la Resolución 1631 de 2013, desconocen el principio “*del secreto de voto*”³⁰, contemplado en disposiciones de orden superior.

Así, el examen de esta censura radicaré en el análisis de lo dispuesto por los Acuerdos 32 de 2009 “*Por el cual se expide el Estatuto Electoral de la Universidad de la Amazonía*” y 31 de 2010 “*Por el cual se expide el reglamento que determina el proceso de integración, designación y elección de los representantes ante el Consejo Superior Universitario y demás instancias de la institución*”. Las normas en comento prevén lo siguiente:

Acuerdo 32 de 2009.

“Artículo 2°. Principios. La Universidad de la Amazonia garantizará plenamente el derecho de cada uno de los miembros de la comunidad a participar en las votaciones que se realicen de conformidad con el presente Estatuto. Durante los procesos electorales toda comunidad de la Universidad de la Amazonía respetará los siguientes principios:

[...]

c) **PRINCIPIO DEL SECRETO DE VOTO Y DE LA PUBLICIDAD DEL ESCRUTINIO.** El voto es secreto y las autoridades electorales deben garantizar que cada elector pueda ejercer este derecho **sin revelar sus preferencias.** El conteo de los votos, los escrutinios y demás actos de las autoridades electorales son públicos y están regidos por las reglas señaladas en este Estatuto.”

Acuerdo 31 de 2010.

“Artículo 2°. Principios. Para efectos del presente Acuerdo, los principios que orientan el proceso electoral de la Universidad de la Amazonía son los consagrados en el Estatuto Electoral Acuerdo 32 de 2009, artículo 2°.”

Tales disposiciones de orden superior imponen que se observe como parámetro que rige los procesos electorales llevados a cabo en la Universidad, bien de manera directa o por consulta estamentaria³¹ y en las demás que se convoquen a las autoridades de la Universidad con tal propósito, que la expresión del voto sea manifestada de manera secreta.

El voto es entendido como aquella manifestación libre que en ejercicio del derecho de participación en la conformación y ejercicio del poder, ejerce quien se encuentra legitimado para expresar su respaldo o apoyo ante una determinada opción, formula o candidato, postulado a un cargo o a una dignidad.

La exigencia de que la expresión del voto por el elector pueda hacerse sin revelar sus preferencias, es determinante para la validez de un proceso electoral. Así, cuando esta regla se infringe, esto es, se da a conocer el sentido del voto, se afecta de nulidad la elección.

Tiene por propósito evitar que quien sufragó sea objeto de interferencias en su decisión e incluso de presiones, al entrever sus preferencias, conocimiento que además pueden obstaculizar la libertad que caracteriza al voto.

Descendiendo al caso bajo examen se tiene que según acta de Asamblea de elección del representante del sector productivo, se llamó a lista a las personas que fueron habilitadas para participar en la asamblea de elección y que luego de la instalación de la asamblea y de la postulación de candidatos, se realizó el siguiente procedimiento:

“El Secretario general JUAN CARLOS GALINDO AIVARADO, proyecta en la pantalla de la sala de juntas, los nombres de los dos candidatos postulados para ejercer como representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, para que de forma pública indiquen su intención de voto.

De acuerdo con el resultado de los votos obtenidos, el candidato RAFAEL TORRIJOS RIVERA, inscrito por parte del Comité Departamental de Ganaderos obtuvo 31 votos a su favor y el candidato Ismael Dussán Huaca de la Asociación de Reforestadores y Cultivadores de Caucho del Caquetá “ASOHECA” obtuvo 8 votos a su favor, por lo tanto, el Candidato electo para ejercer como Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía, es el señor RAFAEL TORRIJOS RIVERA.”

29 Consejo de Estado– Sección Quinta, Sentencia del 4 de diciembre de 2014. Exp. N° 110010328000201400006 00. Consejera Ponente. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

30 Artículo 2° del Acuerdo 32 de 2009, reiterado en el artículo 2° del Acuerdo 31 de 2010.

31 Artículo 1° del Acuerdo 32 de 2009.

Del desarrollo y registro de lo acaecido en la asamblea de elecciones y de lo dispuesto en la Convocatoria 03 de 2013 y la Resolución 1631 de 2013, se tiene que la votación se cumplió de manera pública en oposición entonces, al principio de "*voto secreto*". Y comoquiera que el procedimiento fue utilizado por todos los participantes habilitados quienes expresaron a viva voz su voto por uno de los candidatos, el total de los votos que se registraron se consideran nulos en tanto desatendieron la regla que rige para estas elecciones y que obligaba a que la elección acusada se produjera por votación efectuada de manera secreta.

Como ello no ocurrió así y se reveló el sentido del voto de los participantes, el acto de elección carecer de validez por infringir los artículos 2° del Acuerdo 32 de 2009 y 2° del Acuerdo 31 de 2010.

Para adoptar esta determinación de oficio, la Sala inaplica la Sala de manera oficiosa inaplica por ilegal la expresión "*sistema de votación directa y pública*" contenida en el artículo 3° de la Convocatoria Electoral N° 003 de 2013 y en el artículo 5° de la Resolución 1631 de 2013, por ser opuestas y contrariar los artículos 2° del Acuerdo 32 de 2009 y 2° del Acuerdo 31 de 2010, normas de jerarquía superior a las que debían estarse.

Así las cosas, y recapitulando, la Sala procederá a declarar la nulidad del acto de elección al haberse encontrado probado este último cargo objeto de examen.

Por 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,

FALLA

Primero. INAPLICAR de manera oficiosa por la excepción de ilegalidad la expresión "*sistema de votación directa y pública*" contenida en el artículo 3° de la Convocatoria Electoral N° 003 de 2013 "*Por la cual el Consejo Electoral de la Universidad de la Amazonia convoca a la elección del representantes del Sector Productivo*" y en el artículo 5° de la Resolución 1631 de 2013 "*Por la cual se convoca a la elección del Representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia*", por oposición e infracción de los artículos 2° del Acuerdo 32 de 2009 y 2° del Acuerdo 31 de 2010, normas superiores a las que debían sujetarse. Lo anterior, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. DECLARAR LA NULIDAD del "*Acta de cierre de Convocatoria elección representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia*" de fecha 20 de agosto de 2013, por medio de la cual se eligió representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia al señor Rafael Torrijos Rivera, por lo expuesto en este proveído.

Tercero. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

INHABILIDAD POR COINCIDENCIA DE PERIODOS

– La presentación y aceptación de la renuncia impide su configuración / REPRESENTANTE A LA CÁMARA – La presentación y aceptación de la renuncia impide la configuración de la inhabilidad por coincidencia de períodos / COINCIDENCIA DE PERIODOS – La presentación de renuncia impide la configuración de la inhabilidad / REPRESENTANTE A LA CÁMARA – No hay lugar a inaplicar por la excepción de inconstitucionalidad la expresión “salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente” / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Parágrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5° de 1992

(...) vía demanda de nulidad electoral, no existe pronunciamiento alguno que en específico se haya ocupado de resolver el preciso cargo de inaplicación por inconstitucional del aparte que se adicionó a la prohibición en el parágrafo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, bajo el planteamiento de que la ley no se lo podía agregar a la inhabilidad constitucional puesto que el régimen de inhabilidades de los Congresistas es de reserva constitucional y, por tanto, no podía introducirse vía ley ordinaria. Sobre el particular y de acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, es claro que coinciden en gran parte los cargos que se formularon por parte de los actores en la respectiva demanda de inconstitucionalidad que dio lugar a la sentencia C–093 de 1994 con los que ahora aduce en el presente proceso la demandad de nulidad electoral como motivo de nulidad del acto de elección atinente a que debe inaplicarse el parágrafo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992 bajo la excepción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C–093 de 1994 en relación con el reproche consistente en que el parágrafo segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992 desconoce el espíritu del constituyente, consideró que cuando se presenta renuncia al primer cargo antes de la inscripción para el segundo se “configura una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, y por tanto, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...”. Ello se evidencia del contenido de las explicaciones que sustentan la ratio decidendi de esta decisión, que es la siguiente: 1) El período para efectos de la prohibición que prevé el numeral 8 del artículo 179 constitucional es una noción abstracta, de la cual no puede predicarse una entidad jurídica propia y autónoma, sino que, por el contrario, sólo adquiere relevancia cuando en realidad un individuo desarrolla dentro de determinado tiempo la respectiva función.

Es decir, tal período está sometido a lo que la Corte denomina acto condición, que en el caso concreto se circunscribe a que

la persona entre efectivamente en el ejercicio de sus funciones. 2) Dentro de dicho contexto, cuando no se configura el ejercicio concreto y real del cargo por no tener lugar el acto de posesión o por separación definitiva, no puede pensarse que se configure la inhabilidad en cuestión, toda vez que no está presente el efectivo ejercicio de funciones. 3) Entonces, a fin de que se estructure la causal de coincidencia de períodos quien aspire a ser Senador o Representante a la Cámara no podrá encontrarse como Concejal o Diputado ni tener la calidad de servidor público al momento de la inscripción. En el primer evento, a efectos de que no se configure la inhabilidad el candidato debe haber formalizado la respectiva renuncia. 4) Dicha renuncia (debidamente aceptada) genera la vacancia absoluta del cargo y, por ende, ante dicha vacancia absoluta del cargo de concejal o diputado, no es posible que para ellos rija la prohibición que consagra el artículo 179–8 de la Constitución Política, toda vez que se entiende que el respectivo período en esas corporaciones se extinguió. Por ende, al dimitente no se le puede seguir considerando servidor público, pues ya no ostenta esa calidad, lo cual impide que se encuentre inhabilitado. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional en la citada sentencia C–093 de 1994 implícitamente asume que la Ley 5 de 1992 no le introdujo excepción ni condicionamiento alguno al numeral 8 del artículo 179 constitucional, pues parte de la base de que si se presenta la vacante absoluta en virtud de la renuncia debidamente aceptada, es evidente que no hay período en curso, razón por la que respecto del segundo cargo por elección o por nombramiento, no podría predicarse coincidencia alguna. Bajo ese concepto, a juicio de la Corte el contenido del segundo parágrafo del artículo 280 de la Ley 5 de 1992 es un aspecto inherente y propio de la naturaleza misma de la prohibición constitucional y no así un agregado que soslaya la inhabilidad.

De acuerdo con las anteriores razones, es claro que en el presente caso no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la renuncia a la que hace referencia el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5 de 1992 no está acorde con la finalidad que previó el constituyente, pues, como ya se expuso, no hay período. Por tal razón, no hay lugar a inaplicar por la excepción de inconstitucionalidad la expresión “salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente”, contenida en el parágrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5 de 1992. Dentro de este contexto, la Sala, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, concluye que si bien está demostrado que la demandada resultó elegida para la Cámara de Representantes, elección esta que formalmente presentaría coincidencia parcial de período con el de Diputada a la Asamblea Departamental para el cual fue elegida y que desempeñaba, no es posible jurídicamente predicar que se estructure por ello tal inhabilidad, pues la señora Aída Merlano, al presentar renuncia al cargo de diputada con anterioridad a la elección – la cual le fue debidamente aceptada–, produjo ante la vacante generada que el período no existiere. En consecuencia, como se anticipó, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que no se desvirtuó la presunción del acto acusado.

Nota de Relatoría: Sentencia C-093 de 1994, Corte Constitucional.

Fuente formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 8

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00050-00

Actor: Wilson Pérez Blanquicet

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Wilson Pérez Blanquicet, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra de la elección de la señora Aída Merlano Rebolledo como Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico, período 2014–2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“1. Declarar la nulidad de la elección de la señora AÍDA MERLANO REBOLLEDO, identificada con C. C. No. 22.523.484, como Representante a la Cámara por el Partido Conservador Colombiano, por la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico, período 2014–2018 (sic), declarada o contenida en el acta general de escrutinio de la Comisión Escrutadora General (departamental) integrada por los señores, Carlos Rafael Cifuentes, José Domingo Toledo Ruiz y Patricia Eugenia Jiménez Massa, del día 20 de marzo de 2014, y el formulario E-26 CA, suscrito en la misma fecha por dicha comisión y,

Como consecuencia de la anterior declaración se ordene:

–Cancelar la credencial de la señora AÍDA MERLANO REBOLLEDO, identificada con cédula de ciudadanía No. 22.523.484, como Representante a la Cámara por el Departamento del Atlántico, período 2014–2018, por el Partido Conservador Colombiano.

–Comunicar la novedad al Consejo Nacional Electoral y al señor Registrador Nacional del Estado Civil, y

–Ordenar a la Mesa Directiva de la H. Cámara de Representantes, llamar a tomar posesión de la vacante producida por la nulidad de la elección de la señora, AÍDA MERLANO REBOLLEDO. . . , a quien le siga en orden descendente en la lista respectiva”.

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

– Que la demandada en los comicios del 30 de octubre de 2011 resultó electa como diputada del departamento del Atlántico para el período 2012–2015.

– Que tomó posesión y ejerció dicho cargo hasta septiembre de 2013, cuando renunció a la Asamblea a fin de aspirar a la Cámara de Representantes por el Partido Conservador Colombiano por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico.

– Que la Mesa Directiva de la Asamblea del Atlántico aceptó dicha renuncia.

– Que en las elecciones que tuvieron lugar el día 9 de marzo de 2014, la señora Aída Merlano Rebolledo resultó electa como Representante a la Cámara por el referido departamento.

– Que, por estas razones, existe violación del régimen de inhabilidades que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, pues se presentó “coincidencia de los periodos de diputada del Atlántico (2012–2015) y de Representante a la Cámara (2014–2018), por diecisiete (17) meses y diez (10) días. Es decir, entre el 20 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015, fechas en las que comienza el periodo de representante y termina el de diputada”

3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- Los artículos 4°, 125, 150, 151, 179–8, 374 y 375 de la Constitución Política.

En síntesis, argumentó que la señora Aída Merlano Rebolledo al momento de su elección como representante a la Cámara tenía **restringido** su derecho fundamental de participar en la conformación del poder político, por hallarse incurso en la inhabilidad que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, que se denomina “coincidencia de periodos”, toda vez que: i) fue elegida para más de una corporación pública y ii) los periodos constitucionales para los cuales fue designada coinciden en el tiempo de manera parcial, razón por la cual el acto electoral acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad que prevé el numeral 5 del artículo 275 del CPACA.

Según el actor, la elección de la señora Merlano Rebolledo se produjo con violación directa de la Constitución, ya que el referido texto constitucional no contempla que la inhabilidad pueda ser saneada con la presentación de la renuncia.

Que si bien el artículo 280–8 de la Ley 5ª de 1992, “Por la cual se expide el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes”, dispuso que la inhabilidad en cuestión no se configura cuando *“baya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de su elección”* y que tal disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C–093 de 1994, es lo cierto que el estudio de constitucionalidad que realizó el Tribunal Constitucional es equivocada, pues desconoce otras normas constitucionales que dejó de estudiar y, además, no *“consulta el espíritu del constituyente cuando estableció la coincidencia de períodos como causal de inhabilidad”*.

Lo anterior porque, a su juicio, la excepción que introdujo el párrafo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, modificó el numeral 8 del artículo 179 superior, pero tal alteración sólo podía realizarse mediante acto legislativo y, por tanto, al haberse efectuado por una ley orgánica se desconocieron los artículos 374 y 375 de la Constitución Política.

Que, asimismo, también atenta contra el artículo 150 constitucional, *“en razón a que el Congreso al hacer leyes, sólo puede ejercer las funciones que prevén los numerales 1–25 y en ninguno de ellos se establece la fijación del régimen de inhabilidades de los congresistas”*, que, en últimas, fue lo que se hizo al establecer la excepción mediante la Ley orgánica 5ª de 1992 respecto de la causal de coincidencia de períodos, desconociendo también las materias que pueden ser objeto de regulación mediante esta clase de normativa en los términos del artículo 151 de la C. P.

Con fundamento en estas razones, solicita que en el sub examine se inaplique por inconstitucional el párrafo segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, pues el análisis de constitucionalidad que contiene la sentencia C–093 de 1994 sólo se hizo respecto de los artículos 2º, 3º, 4º, 6º, 13 y 179–8 de la Constitución Política, mas no en relación con las disposiciones que sirven de sustento a la presente demanda. Es decir, que *“se está en presencia de una cosa juzgada relativa implícita, al [haberse] declarado la constitucionalidad [de la citada norma] solo por los cargos que en ese entonces formularon los demandantes”*

Aunado a lo anterior, basándose en uno de los salvamentos de voto de la sentencia C–093 de 1994, sostuvo que el espíritu del constituyente fue establecer la coincidencia de períodos como una causal de inhabilidad respecto de la cual no cabía excepción alguna.

Que, por tal razón, es necesario y urgente un cambio de jurisprudencia en lo que respecta a esta inhabilidad, para en su

lugar y de acuerdo con una interpretación literal y sistemática de la norma constitucional, se declare que la dimisión al cargo, para el cual la persona fue inicialmente elegida, no elimina la situación de *“coincidencia de períodos”* que prevé el numeral 8 del artículo 179 constitucional, lo cual para este caso ocasiona que el acto de elección acusado resulte viciado y proceda su anulación.

4. Contestación de la demanda

La señora Aída Merlano Rebolledo contestó la demanda por intermedio de apoderada. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros eran meras apreciaciones personales del actor. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

Sostuvo que si bien resultó electa como diputada del departamento Atlántico para el período 2012–2015, es lo cierto que el día 6 de septiembre de 2013 renunció a tal calidad, renuncia que fue aceptada por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Atlántico mediante Resolución No. 0000164 del día nueve del mismo mes y año, esto es, antes de que fuera elegida como Representante a la Cámara por esa misma circunscripción territorial.

Que, entonces, no se configura la inhabilidad en cuestión, pues el artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 es enfático en prescribir que no podrán ser elegidos congresistas quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo así sea parcialmente, salvo en los casos que se haya presentado renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente, que es lo que ocurrió en el sub examine.

Que dicha disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C–093 de 1994, pronunciamiento que conserva plena vigencia y que está acorde con el principio constitucional de democracia participativa y con el derecho fundamental a elegir y ser elegido.

5. Trámite en única instancia

Mediante providencia del 12 de junio de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso¹.

El día 25 de agosto de 2014 se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En esta se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas².

Además, se dijo que la excepción que propuso la parte demandada, que denominó *“inexistencia de razones suficientes que sustenten la causal invocada”*, en realidad, constituía un argumento de defensa encaminado a desvirtuar los cargos que sustentan la presente demanda, mas no un verdadero medio exceptivo que impidiera el trámite del proceso. Que por tal razón, esos argumentos serían resueltos en la sentencia.

1 Folios 61–63.

2 Folios 179–181.

De igual forma, se decidió prescindir de la audiencia de pruebas, pues las que se decretaron versaban sobre documentos que no requerían práctica, sino que únicamente debían ser aportados.

6. Alegatos de las partes

La parte demandada reiteró los argumentos de defensa que expuso en la contestación de la demanda. Al respecto manifestó:

(...)

Equívocamente el actor interpreta la norma, toda vez que esta situación se configuraría si la señora Aída Merlano Rebolledo hubiese ejercido los cargos de manera simultánea.

(...)

Mi representada, en fecha septiembre 6 de 2013, renunció al cargo de diputado de la Asamblea del Departamento del Atlántico y esta fue aceptada el 9 de septiembre del mismo año, de manera que había transcurrido 6 meses desde su renuncia para el momento en el que fue elegida como Representante a la Cámara. En este orden de ideas no se configuró la alegada inhabilidad, pues materialmente no se presentó la coexistencia de períodos”.

(...)

Entonces, es evidente de el solo hecho de que lo se pretenda sea un cambio de jurisprudencia confirma que en la actualidad no puede válidamente concluirse que el acto acusado sea ilegal o esté incurso en inhabilidad alguna, ya que de ninguna manera estuvo ostentando las dos calidades de manera paralela, sino que por el contrario renunció al ejercicio de una para ingresar en la otra”.

El actor presentó los alegatos de conclusión de manera extemporánea³ y, por tanto, no serán tenidos en cuenta.

7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en concreto, manifestó:

Que la disposición que el actor pretende que se inaplique por inconstitucionalidad “fue encontrada ajustada la Constitución”, según sentencia C–093 de 1994, razón por la cual dicha decisión en los términos del artículo 243 superior hizo tránsito a cosa juzgada constitucional.

³ El término de 10 días para alegar de conclusión venció el 6 de septiembre de 2014. Sin embargo, el actor sólo presentó sus alegatos hasta el día 7 de octubre de 2014.

Que a diferencia de lo que plantea el demandante, en el sub examine se configura el fenómeno de cosa juzgada, “por cuanto se propone estudiar el mismo contenido normativo de la misma proposición normativa (sic) ya estudiada y decidida por la Corte Constitucional y por las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior”. Como se está “en presencia de esas dos condiciones se genera a su vez una obligación, cual es la de estarse resuelto en la sentencia anterior”.

En relación con la causal que se endilga a la demandada puso de presente que mantenía la tesis que había expuesto en el concepto que rindió en el expediente No. 2014–00032–00. Actor: Mónica Adriana Segura. Bajo esa premisa, después de analizar de manera pormenorizada las normas relacionadas con el tema objeto de estudio y de realizar un estudio de la jurisprudencia que está vigente sobre la causal de inhabilidad de “coincidencia de períodos”, concluyó que tanto la Sección Quinta del Consejo de Estado como la Sala Plena de esa Corporación, de forma reiterada han considerado que en lo que respecta al cargo de congresista, dicha inhabilidad no se configura si previamente se ha presentado renuncia al cargo que venía desempeñando.

Resaltó que el salvamento de voto en el que la demandante funda su pretensión, no tienen efectos vinculantes, pues “solo las sentencias debidamente ejecutoriadas pueden considerarse como precedente”.

Por último, señaló que la Corte Constitucional en la sentencia C–332 de 2005 (que declaró inconstitucional la reforma que introdujo el acto legislativo 01 de 2003 al numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política por vicios de forma), “dejó a salvo la jurisprudencia que sobre esta norma [numeral 8, artículo 280 de la Ley 5ª de 1992] se ha elaborado y cómo esa misma Corporación reconoció su validez al indicar en su pronunciamiento que como la presente se limitó a analizar los cargos formulados por la demanda presentada contra el artículo 10 del Acto Legislativo 01 de 2003, en razón a las violaciones por vicios de procedimiento, no implica un pronunciamiento sobre si la renuncia elimina la inhabilidad. La jurisprudencia que ha interpretado los alcances del numeral 8, se ha encargado de abordar la cuestión”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA⁴, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección de la señora

⁴ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”. (Subrayas fuera de texto).

Aída Merlano Rebolledo como Representante a la Cámara por el Departamento del Atlántico.

2. El acto acusado

Es el formulario E–26 CA del 20 de marzo de 2014, expedido por la respectiva Comisión Escrutadora Departamental⁵, en cuanto contiene la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento del Atlántico para el período 2014–2018, entre ellos, la señora Aída Merlano Rebolledo.

3. Del asunto objeto de debate

Corresponde a la Sala determinar si la demandada estaba inhabilitada para ser elegida como Representante a la Cámara por Atlántico, porque infringió la prohibición que establecen el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política y la primera parte del mismo numeral del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992⁶, toda vez que la renuncia al cargo de Diputada que presentó el día 6 de septiembre de 2013 y que fue aceptada el día 9 de ese mismo mes y año, según el demandante no la exoneró de la presencia de la coincidencia de períodos toda vez que del régimen de inhabilidades de los congresistas solo puede ocuparse la Carta Política, por ser materia de reserva constitucional. Que, por ende, debe inaplicarse por inconstitucional el parágrafo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará fundado en las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y el concepto del Ministerio Público.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala comienza por estudiar, en primer lugar, la evolución de la causal de inhabilidad que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política y el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, para después analizar la excepción de inconstitucionalidad que propuso el actor en el caso concreto, que constituye el cargo esencial de la demanda.

I. Evolución de la materia constitucional

Los artículos 179–8 Constitucional y 280–8 de la Ley 5ª de 1992, a la letra dicen:

“– artículo 179. No podrán ser congresistas:

[...]

*Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, **si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.***

Artículo 280. “Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

[...]

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.”

En la sentencia C–093/94, la Corte Constitucional, al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, declaró exequible tal disposición bajo los siguientes argumentos:

“(…) En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública. Pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de estas.

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado

⁵ Folios 26–47.

⁶ Por medio de la cual se expidió el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes.

del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.

Ahora bien, en la Constitución Política de 1991 se consagró un régimen de inhabilidades e incompatibilidades con respecto a los congresistas. Mediante el primero se configuran los casos en los cuales una persona que pretende ostentar esta calidad de servidor público de la rama legislativa, no puede ser elegido cuando ocurra alguna de las circunstancias de que trata el artículo 179 de la Constitución Política. En lo concerniente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 180 de la misma Carta Fundamental, estas hacen relación a los impedimentos por parte de los miembros del Congreso (Senadores y Representantes), durante el tiempo en que ostenten dicha calidad. Estas y la inhabilidad por las causales constitucionales en razón del ejercicio del cargo público, gestión de negocios ante entidades o vinculación por parentesco por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha, generan la pérdida de la investidura de Congresista (artículo 183, numeral 1 de la C. P.).

De conformidad con el numeral 8, del artículo 179 de la Constitución, le está prohibido a cualquier ciudadano ser elegido simultáneamente para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. De ahí que la norma en referencia utiliza la expresión “nadie podrá”, para cobijar en la mencionada prohibición a todos los ciudadanos.

Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación.

En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, es aplicable lo dispuesto en el artículo

261 de la Carta Política según el cual “ningún cargo de elección popular tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción”, sucesivo y descendente. (Sentencia D-236. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista.

Además, debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de su candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera, la falta absoluta para el resto del período, rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, la cual se presume en las gestiones que adelantaron ante las autoridades electorales.

Resalta la Sala que los cargos que en ese entonces plantearon los actores como sustento de la demanda de constitucionalidad contra el parágrafo segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 y que dieron lugar a la sentencia C-093 de 1994, fueron del siguiente tenor:

*“(…) Dice el demandante que la frase “**quienes sean elegidos**”, que reemplazó en el texto legal la expresión constitucional “**nadie podrá ser elegido**”, implica violación flagrante del artículo 179 de la Carta. En forma abierta se contrapone al texto constitucional, pues mientras éste prohíbe, aquél tácitamente permite que los ciudadanos sean elegidos para más de una corporación o cargo público.*

*Señala que con la adición de categoría legal que consagra una salvedad, se pretende dejar sin ningún efecto aquella parte de la norma constitucional que dice: “**si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente**”. El legislador*

no tuvo en cuenta que la norma que trató de adicionar era de categoría constitucional y, por lo tanto, no se podía modificar por medio de una ley orgánica.

Agrega el accionante que el artículo 179 de la Constitución faculta al legislativo, en forma precisa y expresa, únicamente para que reglamente los demás casos de inhabilidades por parentesco. Entonces, el Congreso de la República no podía, por medio de una ley orgánica modificar ni adicionar el texto de la prohibición constitucional que aparece en el numeral 8 del mencionado artículo. Si así lo deseaba el Legislativo, ha debido acudir a un Acto Reformatorio de la Constitución.

2. El ciudadano William Ramírez Moyano considera infringido el numeral 8 del artículo 179 de la Carta. Este, en su concepto es una norma clara y terminante que no establece ni admite interpretaciones ni excepciones. Siempre, cualquiera sea la circunstancia en que una persona haya sido elegida para una corporación o un cargo, queda inhabilitada para que, durante el tiempo correspondiente al período de la corporación o cargo para el que fue elegida, lo sea para otra corporación o cargo.

Bien se sabe –añade– que donde la Constitución no excepciona no puede la ley excepcionar; donde la Constitución no distingue no es lícito al legislador distinguir; donde no condiciona, no puede la ley condicionar”.

II. Ahora bien, en relación con la inhabilidad de coincidencia de períodos que prevé el artículo 179–8 Constitucional, como en otras ocasiones se ha señalado⁷, es necesario precisar que el texto constitucional (numeral 8 del artículo 179) fue objeto de modificaciones a través de los actos legislativos N° 01 de 2003⁸ y 01 de 2009⁹.

La primera modificación la introdujo el artículo 10 del Acto Legislativo 01 de 2003, el cual señalaba:

⁷ Entre otras ver, Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 10 de marzo de 2011. M. P. Susana Buitrago Valencia. Exp. 11001–03–28–000–2010–00020–00

⁸ Texto modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009. Inexequible: 8. Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia un (1) año antes de la elección al cargo al que se aspire elimina la inhabilidad. Parágrafo Transitorio. La inhabilidad establecida en el numeral anterior no aplicará para quienes hayan renunciado al menos seis (6) meses antes del último día de inscripciones para la realización de las elecciones al Congreso de la República en el año 2010.

⁹ Texto modificado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Inexequible: 8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad. Parágrafo Transitorio. Lo dispuesto en el numeral 8 del presente artículo no se aplicará a quienes hubiesen renunciado con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo.

“Artículo 10. El numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política quedará así:

Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad.

Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el numeral 8 del presente artículo no se aplicará a quienes hubiesen renunciado con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo”.

Empero, mediante sentencia C–332 de 2005, la Corte al estudiar la constitucionalidad del trámite que precedió la aprobación del citado artículo lo encontró irregular y declaró inexequible por vicios de forma la modificación introducida. En concreto, manifestó:

“(…) es claro que el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003 en ningún momento derogó el numeral 8 del artículo 179 de la C. P., tan sólo reiteró el texto constitucional por razones de claridad en el trámite legislativo. La norma del Acto Legislativo no alteró la vigencia del numeral 8, únicamente adicionó una frase final y un parágrafo.

En conclusión, el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde el momento en que fue expedido por la Asamblea Nacional Constituyente hasta el día de hoy, sin solución de continuidad.

Finalmente, como la presente sentencia se limitó analizar los cargos formulados por la demanda presentada contra el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003, en razón a las violaciones por vicios de procedimiento, no implica un pronunciamiento sobre si la renuncia elimina la inhabilidad. La jurisprudencia que ha interpretado los alcances del numeral 8, se ha encargado de abordar la cuestión”.

Posteriormente, hubo una segunda modificación contenida en el artículo 13 del Acto Legislativo 01 de 2009 en el sentido de establecer que *“la renuncia un año antes de la elección al cargo al que se aspire elimina la inhabilidad”* y que dicha inhabilidad *“no aplicará para quienes hayan renunciado al menos 6 meses antes del último día de inscripciones para la realización de las elecciones al Congreso de la República en el año 2010”.*

Esta segunda reforma también fue declarada inexequible por vicios de forma mediante sentencia C–040 de 2010. Sobre la vigencia del numeral 8 de la Carta expresó:

“(…) En consecuencia, deberá declararse la inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 13.

Así, en virtud de la declaratoria de inexecutable de aquella disposición y de manera análoga a como lo decidió esta Corporación en la sentencia C-332/05, la Corte advierte que el numeral octavo del artículo 179 de la Constitución Política se encuentra vigente desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad.”

Es decir, de acuerdo con lo anterior es claro que el hecho de que estas dos reformas hubiesen sido declaradas inexecutable debido a la existencia de vicios en su formación, ocasionó que el texto original del numeral 8 de la Constitución Política se mantuviera incólume desde la fecha de promulgación de la Carta y hasta el día de hoy, sin solución de continuidad¹⁰, pues las referidas decisiones sólo analizaron aspectos relacionados con el trámite de formación de los artículos 10 y 13 de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, respectivamente, mas no estudiaron aspectos sustanciales o de fondo de dichas modificaciones constitucionales.

III. El actor manifiesta que es equivocado el estudio de constitucionalidad que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1994 sobre la segunda parte del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, porque no tuvo en cuenta otras disposiciones constitucionales (los artículos 150, 151, 374 y 375) que permitían concluir sobre la inexecutable de la norma.

Que, por tanto, de esta decisión de constitucionalidad de tal norma legal sólo se predica cosa juzgada relativa. Considera que la expresión “salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente”, no consulta el espíritu del constituyente, pues el referido texto constitucional no contempla que la inhabilidad pueda ser saneada con la presentación de la

renuncia. Es decir, que respecto de tal prohibición no cabía excepción alguna.

Alega que, además, la excepción que agregó el párrafo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 sólo podría haberse realizado mediante acto legislativo. Que, por tanto, como se efectuó por ley orgánica se desconocieron los artículos 374 y 375 de la Constitución Política y procede entonces su inaplicación, lo cual solicita se haga, situación que dice estructuraría la inhabilidad que atribuye a la demandada.

También argumenta que la referida modificación atenta contra el artículo 150 constitucional, “en razón a que el Congreso al hacer leyes, sólo puede ejercer las funciones que prevén los numerales 1-25 y en ninguno de ellos se establece la fijación del régimen de inhabilidades de los congresistas”, que, en últimas, fue lo que se hizo al establecer la excepción mediante la Ley orgánica 5ª de 1992 respecto de la causal de coincidencia de períodos, desconociendo también las materias que pueden ser objeto de regulación mediante esta clase de normativa en los términos del artículo 151 de la C. P.

IV. La postura jurisprudencial de la Sección Quinta en materia de esta inhabilidad

Antes de adentrarse en el análisis del caso, la Sala destaca que ha existido una posición reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a partir del fallo de constitucionalidad C-093 de 1994 en el sentido que el párrafo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 está ajustado a la Carta Política, y que tal estudio es cosa juzgada absoluta, razón por la cual tiene efectos erga omnes en el sentido de que no se presenta la inhabilidad del artículo 179-8 constitucional para resultar elegido en otro cargo aunque los períodos coincidan en el tiempo, cuando se renuncia al primer cargo que se ocupe y su período se halle en curso.

Sobre el particular, se tienen los siguientes pronunciamientos:

Expediente	Magistrado	Fecha de la decisión
1135	Miren de Lombana	04/05/99
1891 y acumulados	Darío Quiñones Pinilla	24/11/99
2000-2150-02	Roberto Medina López	30/11/01
2000-0880-02	Mario Alario Méndez	03/05/02
2002-0008-01	Darío Quiñones Pinilla	04/10/02
2002-2924-01	Darío Quiñones Pinilla	25/09/03
2003-1081-01	Darío Quiñones Pinilla	05/08/04
2003-1263-01	María Nohemí Hernández P.	26/08/04
2003-04839-01	Darío Quiñones Pinilla	24/02/05
2006-00090-00	María Nohemí Hernández P.	19/09/08
2006-00011-00	Filemón Jiménez Ochoa	13/08/09

10 Sentencia SU-950 de 2014.

Expediente	Magistrado	Fecha de la decisión
2010-00020-00	Susana Buitrago Valencia	10/03/11
2014-00032-00	Alberto Yepes Barreiro	08/10/14
2014-00054-00	Alberto Yepes Barreiro	30/10/14

Incluso en reciente sentencia del 8 de octubre de 2014¹¹ esta Sala fue enfática en señalar que el fallo C-093 de 1994 “es una decisión de control concreto de constitucionalidad y se caracteriza por: i) **hacer tránsito a cosa juzgada absoluta** y ii) **tener efectos erga omnes**, toda vez que la decisión allí contenida tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos” y que, por tanto, “las características de este fallo permiten concluir que es de imperioso cumplimiento, tanto para los ciudadanos, como para el poder judicial, la decisión allí contenida”. Que, además, “si se considera que el legislador desbordó su potestad al añadir una excepción que la Constitución no contempló, el medio idóneo para denunciar dicho exceso es la acción pública de inconstitucionalidad, mecanismo que se agotó cuando la Corte Constitucional al conocer de la demanda¹² contra el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, declaró, mediante sentencia C-093 de 1994, la exequibilidad de tal precepto”.

Empero, vía demanda de nulidad electoral, **no existe pronunciamiento alguno** que en específico se haya ocupado de resolver el preciso cargo de inaplicación por inconstitucional del aparte que se adicionó a la prohibición en el parágrafo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, bajo el planteamiento de que la ley no se lo podía agregar a la inhabilidad constitucional puesto que el régimen de inhabilidades de los Congresistas es de reserva constitucional y, por tanto, no podía introducirse vía ley ordinaria.

Sobre el particular y de acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, es claro que **coinciden en gran parte** los cargos que se formularon por parte de los actores en la respectiva demanda de inconstitucionalidad que dio lugar a la sentencia C-093 de 1994 con los que ahora aduce en el presente proceso la demandad de nulidad electoral como motivo de nulidad del acto de elección atinente a que debe inaplicarse **el parágrafo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992** bajo la excepción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1994 en relación con el reproche consistente en que el parágrafo segundo del numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 **desconoce el espíritu del constituyente**, consideró

11 Exp. 2014-00032-00. M. P. Alberto Yepes.

12 En efecto, con similares argumentos a los expuestos por la parte demandante en este proceso, los promotores de la acción de inconstitucionalidad contra el numeral 8 del art. 280 de la Ley 5ª de 1992 señalaron que la inhabilidad contenida en el numeral 8 del artículo 179 Constitucional, no admite interpretaciones ni adiciones por parte del legislador, debido a que es una norma clara y concisa, y que por lo tanto la expresión “salvo que” contenida en el artículo acusado, es contraria a la Carta Política. Asimismo, afirmaron que la salvedad establecida por el legislador hace nugatoria la inhabilidad consagrada por el Constituyente.

que cuando se presenta renuncia al primer cargo antes de la inscripción para el segundo *se “configura una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, y por tanto, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...”*.

Así, el cargo del demandante fue asumido en la sentencia C-093 de 1994 no a título de que el señalamiento del demandante en relación con la imposibilidad de estructurarse la causal cuando ha habido renuncia previa al cargo inicial sea un condicionamiento o excepción que flexibiliza la prohibición, sino como un aspecto de la esencia y connatural a la misma. Ello se evidencia del contenido de las explicaciones que sustentan la *ratio decidendi* de esta decisión, que es la siguiente:

1) El período para efectos de la prohibición que prevé el numeral 8 del artículo 179 constitucional es una noción abstracta, de la cual no puede predicarse una entidad jurídica propia y autónoma, sino que, por el contrario, sólo adquiere relevancia cuando en realidad un individuo desarrolla dentro de determinado tiempo la respectiva función. Es decir, tal período está sometido a lo que la Corte denomina acto condición, que en el caso concreto se circunscribe a que la persona entre efectivamente en el ejercicio de sus funciones.

2) Dentro de dicho contexto, cuando no se configura el ejercicio concreto y real del cargo por no tener lugar el acto de posesión o por separación definitiva, no puede pensarse que se configure la inhabilidad en cuestión, toda vez que no está presente el efectivo ejercicio de funciones.

3) Entonces, a fin de que se estructure la causal de coincidencia de períodos quien aspire a ser Senador o Represente a la Cámara no podrá encontrarse como Concejal o Diputado ni tener la calidad de servidor público al momento de la inscripción. En el primer evento, a efectos de que no se configure la inhabilidad el candidato debe haber formalizado la respectiva renuncia.

4) Dicha renuncia (debidamente aceptada) genera la vacancia absoluta del cargo y, por ende, ante dicha vacancia absoluta del cargo de concejal o diputado, **NO ES POSIBLE** que para ellos rija la prohibición que consagra el artículo 179-8 de la Constitución Política, toda vez que se entiende que el respectivo período en esas corporaciones **se extinguió**

Por ende, al dimitente no se le puede seguir considerando servidor público, pues ya no ostenta esa calidad, lo cual impide que se encuentre inhabilitado.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional en la citada sentencia C-093 de 1994 implícitamente asume que la Ley 5ª de 1992 **no le introdujo** excepción ni condicionamiento alguno al numeral 8 del artículo 179 constitucional, pues parte de la base de que si se presenta la vacante absoluta en virtud de la renuncia debidamente aceptada, es evidente que no hay periodo en curso, razón por la que respecto del segundo cargo por elección o por nombramiento, no podría predicarse coincidencia alguna.

Bajo ese concepto, a juicio de la Corte el contenido del segundo párrafo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 es un aspecto inherente y propio de la naturaleza misma de la prohibición constitucional y no así un agregado que soslaya la inhabilidad.

Por lo mismo, no consideró que el legislador se extra limitara en sus funciones en contravía de la reserva constitucional que cobija el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas, puesto que ante la falta absoluta generadora de vacancia (la renuncia) no puede predicarse período en curso y, por tanto, si éste no existe **no rige la prohibición**.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en reciente fallo SU-950 de 2014, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el alcance de la prohibición de coincidencia de períodos, ratificó su postura en el siguiente sentido:

(...)

De la normatividad en cita se infiere que cuando el servidor público decide retirarse del servicio, la renuncia debe obedecer a su libre y espontánea decisión, así mismo y con el fin de salvaguardar la continuidad y la buena prestación del servicio, la norma le otorga un término a la administración para pronunciarse sobre la misma y para que tome las medidas necesarias para remplazar al servidor.

Debe precisarse que en los empleos de libre nombramiento y remoción se usa la presentación de la renuncia protocolaria, la cual se produce por la voluntad inequívoca del servidor de dejar en libertad al nominador para organizar su equipo de trabajo con las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del empleo, pues son cargos que se caracterizan por la especial confianza en el ejercicio de los mismos.

*Ahora, de conformidad con lo señalado en el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973, si presentada la renuncia la autoridad competente considera que hay motivos de conveniencia pública para no aceptarla, tiene la facultad para solicitarle al empleado el retiro de ella, pero si el renunciante insiste **deberá aceptarla**. Así mismo, el servidor tiene la posibilidad de retirar o desistir de la renuncia, antes de su aceptación. Una vez aceptada la renuncia el acto administrativo goza*

de presunción de legalidad y consolida una situación jurídica irrevocable.

11. En consecuencia, cuando la renuncia es irrevocable, libre y espontánea, para la Corte no es posible limitar el derecho que tiene un servidor público para separarse definitivamente del empleo, por cuanto el derecho político a ocupar un cargo público supone necesariamente el derecho a renunciar al mismo, en tanto constituye un claro desarrollo de la libertad de la persona para decidir si permanece o no en el ejercicio de un empleo¹³. Adicionalmente, es importante destacar que tal posibilidad no riñe con el derecho político de los votantes a ser representados.

12. No puede perderse de vista que por virtud del artículo 228 Superior las normas procesales no pueden convertirse en un obstáculo para la aplicación del derecho sustancial, en cuanto son medios para lograr la realización de los derechos subjetivos y no fines en sí mismos; por tanto, los procedimientos no podrían convertirse en obstáculos insalvables para ejercer el derecho a renunciar pues tal situación sería violatoria de los derechos constitucionales.

La vacancia del empleo como consecuencia de la aceptación de renuncia

15. Mediante los Actos Legislativos N° 3 de 1993 y 01 de 2009 se modificaron los artículos 134 y 261 de la Carta, los cuales se aplican a todas las corporaciones públicas, quedando claro que constituyen faltas absolutas: las que se causen por muerte; incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo, declaratoria de nulidad de la elección, renuncia motivada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, pérdida de la investidura; condena penal o medida de aseguramiento por delitos distintos a los relacionados con pertenencia, promoción o financiación por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad o cuando el miembro de una corporación pública decida presentarse por un partido distinto según lo planteado en el párrafo transitorio 1° del artículo 107 de la Constitución.

La Carta consagró la renuncia debidamente aceptada como una causal de retiro del servicio para los miembros de las corporaciones públicas, con la cual se genera vacancia absoluta o definitiva del cargo y por lo tanto una separación

¹³ Ídem.

efectiva del mismo, con lo que se genera la posibilidad de que el miembro de la corporación sea remplazado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente al admitir que la renuncia aceptada configura vacancia absoluta del cargo¹⁴, del mismo modo fue considerado por la sentencia C-532 de 1993: la renuncia expresa y formalmente aceptada de un concejal o diputado, antes de su inscripción como candidato al congreso, configura una falta absoluta en el cargo. Además la citada sentencia anotó que el acto de renuncia y las gestiones adelantadas ante las autoridades correspondientes están amparados por el principio de la buena fe (art. 83 C. P.).

(...)

24. De la reconstrucción anterior pueden obtenerse varios elementos hermenéuticos. Con la renuncia debidamente aceptada se presenta la vacancia del cargo, es decir, quien ha renunciado ya no es titular del mismo, por lo tanto no podrían aplicarse inhabilidades derivadas de ese hecho. Por otra parte, el derecho a renunciar a un cargo público es un derecho protegido por nuestro ordenamiento constitucional y aunque pueda requerir de algunas formalidades, las mismas no pueden sacrificar los derechos de quien quiera renunciar. En ese sentido el acto de renuncia no puede estar sujeto a exigencias irrazonables o desproporcionadas que afecten los derechos constitucionales de quien libre y espontáneamente decide renunciar.

En el caso de la aceptación de renunciaciones a cargos en corporaciones públicas de elección popular se aplican algunos criterios sobre las votaciones, en particular la regla general es que las votaciones en estas entidades sean nominales y públicas a fin de garantizar la transparencia y el control ciudadano propios de una democracia. Ya que la regla general para las votaciones en estas corporaciones es la votación nominal y pública, y ya que las renunciaciones de sus miembros no son parte de las excepciones establecidas por nuestro ordenamiento jurídico a ese tipo de votación, a primera vista podría concluirse que las aceptaciones de las renunciaciones de los miembros de corporaciones públicas sólo podrían darse a través de votación nominal y pública para que se consideraran válidas.

Sin embargo, es importante incorporar en el ejercicio hermenéutico la existencia de derechos constitucionales que deben ser protegidos en este tipo de actuaciones. De un lado encontramos los

derechos relacionados con la renuncia y con las aspiraciones políticas (la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho político a ser elegido, entre otros) y por el otro los fines de las votaciones nominales y públicas, en particular la transparencia de la actuación de las corporaciones de elección popular. Por tanto, si existe un incumplimiento de un rito que a pesar de ello mantiene un equilibrio que satisface los fines de este tipo de votaciones y logra también la razonabilidad de los requisitos de la renuncia, es posible que no exista violación alguna al ordenamiento constitucional en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

Estos elementos también son relevantes si se tiene en cuenta que la no presentación o aceptación de renunciaciones en debida forma pueden configurar inhabilidades. Como la jurisprudencia constitucional lo ha establecido, las inhabilidades pretenden salvaguardar la probidad y la transparencia de la administración pública. Sin embargo, por tratarse de restricciones a derechos (por ejemplo de acceso y permanencia en cargos públicos) son de interpretación restrictiva.

Es ese sentido existen límites para el legislador en su libertad de configuración sobre la materia y límites para cualquier intérprete. En particular deben considerarse estos rasgos cuando se trata de inhabilidades que limitan los derechos políticos, por ejemplo el derecho a ser elegido”.

De acuerdo con las anteriores razones, es claro que en el presente caso no está llamado a prosperar el argumento del actor según el cual la renuncia a la que hace referencia el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 no está acorde con la finalidad que previó el constituyente, pues, como ya se expuso, no hay período.

Por tal razón, no hay lugar a inaplicar por la excepción de inconstitucionalidad la expresión “salvo en los casos que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente”, contenida en el párrafo segundo del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, pues la propia Corte Constitucional avaló el ajuste de esta a la Carta Política en el control de constitucionalidad que efectuó en la sentencia C-094 de 1993.

VI. Dentro de este contexto, la Sala, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, concluye que si bien está demostrado que la demandada resultó elegida para la Cámara de Representantes, elección esta que formalmente presentaría coincidencia parcial de período con el de Diputada a la Asamblea Departamental (entre el 20 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2015) para el cual fue elegida y que desempeñaba, no es posible jurídicamente predicar que se estructure por ello tal inhabilidad, pues la señora Aída Merlano, al presentar renuncia al cargo

14 Sentencia C-093 de 1994 Ms. Ps. José Gregorio Hernández y Hernando Herrera Vergara.

de diputada con anterioridad a la elección – la cual le fue debidamente aceptada¹⁵, produjo ante la vacante generada que el período no existiere.

En consecuencia, como se anticipó, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que no se desvirtuó la presunción del acto acusado.

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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral que interpuso el señor Wilson Pérez Blanquicet.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

¹⁵ Mediante Resolución No. 0000164 del 9 de septiembre de 2013, la Mesa Directiva de la Asamblea del Atlántico aceptó la renuncia de la demandada como diputada de la Asamblea del Atlántico.

REPRESENTANTE A LA CÁMARA – No hay violación del régimen de incompatibilidades por renuncia al cargo de concejal / INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL – Derogatoria de normas que establecía duración de incompatibilidades / INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL – Término de duración por renuncia al cargo / INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJAL – La prohibición tiene aplicación dentro del ámbito territorial del municipio o distrito correspondiente

En el asunto bajo estudio la censura de la demandante es clara en el sentido de indicar que si las incompatibilidades, según el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 permanecen en el tiempo por 6 meses después de la renuncia a concejal, entonces, el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán no podía ser elegido Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia. En efecto, el cargo en específico, fue el siguiente: “tal régimen consagrado para los concejales en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 fue transgredido porque conforme con el artículo 47 ídem, las incompatibilidades permanecen vigentes por el espacio de 6 meses contados a partir de la fecha en que formalmente es aceptada la renuncia a seguir desempeñándose como concejal”. Que, por tal razón, se reitera, el demandado no podía ser elegido, pues el período de la incompatibilidad se extendía al momento de su elección como Representante a la Cámara por Antioquia. Sobre el particular, la Sala pone de presente que la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995, al estudiar la constitucionalidad del término de 6 meses que prevé el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, sostuvo que tal período no puede entenderse propiamente como una incompatibilidad, sino que realmente se trata de una prohibición. Que, en efecto, el hecho de que las compatibilidades se mantengan por un término de 6 meses después de la renuncia, en realidad, debe entenderse como una inhabilidad, que de llegar a cristalizarse tiene la potencialidad de anular la respectiva elección.

Empero, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la referida norma, bajo el supuesto de que la prohibición únicamente tiene sentido dentro del ámbito territorial del municipio o distrito correspondiente”. Asimismo, en la misma providencia se concluyó que tales prohibiciones “no pueden castigar a una persona haciéndole imposible obtener su sustento mediante un trabajo o accediendo a otro cargo público, motivo por el cual el alcance del plazo consagrado en el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 debía entenderse a que la prohibición se refería a aceptar o desempeñar cargo público, ser apoderado de entidades públicas, celebrar contratos etc., pero en el mismo municipio o distrito en el cual una persona se haya desempeñado como concejal” Como puede apreciarse, la citada disposición prohibía a los concejales aceptar cualquier cargo en la administración pública o vincularse a esta como trabajador oficial o contratista, pero no le impedía desempeñarse como Congresista pues es evidente que tal dignidad no se ejerce en la administración sino en la Rama Legislativa del Poder Público. Ahora bien, el artículo 3º de la Ley 177 de 1994, posteriormente

fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, pero tal circunstancia no implica que haya recobrado vigencia el texto original del numeral 1 del artículo 45 de la Ley, pues al haber sido subrogado por la primer norma debe entenderse que desapareció del mundo jurídico, tal y como lo dispone el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, según la cual: “Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala despachará desfavorablemente el cargo de la demandante atinente al presunto desconocimiento por parte del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán del artículo 47 de la Ley 136 de 1994, en el sentido de que las prohibiciones de los concejales duran por un período de 6 meses una vez es aceptada su renuncia a la curul, pues es claro que tal restricción únicamente aplica en el ámbito del territorio (municipio) en el cual el implicado se desempeñó como concejal, mas no se predica de otras circunscripciones, como en este caso, por la cual resultó electo Representante a la Cámara el demandado, esto es, el departamento de Antioquia. Además, porque como se expuso, si se encontrara vigente el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, la prohibición allí contenida solo podría aplicar para la aceptación de cargos y contratos en la administración pública y, la dignidad de congresista, se ejerce en la Rama Legislativa del Poder Público, hecho que no podría viciar de nulidad la elección demandada.

Nota de relatoría: Sobre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, sentencia de 19 de septiembre de 2013, Rad. 2012–00055–010, M. P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre la imposibilidad de solicitar la nulidad de un acto de elección por haberse configurado una causal de incompatibilidad, sentencia de 2 de octubre de 2008, Rad. 2007–01506–01, C. P. Susana Buitrago Valencia y sentencia de 21 de abril de 2005, Rad 2004–00052–01, C. P. Filemón Jiménez Ochoa.

INHABILIDAD POR COINCIDENCIA DE PERIODOS – La presentación y aceptación de la renuncia impide su configuración / REPRESENTANTE A LA CÁMARA – La presentación y aceptación de la renuncia impide la configuración de la inhabilidad por coincidencia de períodos / COINCIDENCIA DE PERIODOS – La presentación de renuncia impide la configuración de la inhabilidad

La señora Yina Milena Pinzón Montero considera que el acto de elección debe anularse porque coincidieron en el tiempo, parcialmente, los periodos de Concejal y de Representante a la Cámara del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, tipificándose con ello la causal de inhabilidad para ser Congresista que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, según la cual “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni

para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”. La Sección Quinta ya ha tenido oportunidad de referirse en diferentes ocasiones a la aludida causal de inhabilidad en el sentido de señalar que no se configura cuando con anterioridad a una elección o a un nombramiento el ciudadano ha presentado renuncia al cargo público o a la corporación pública y esta ha sido debidamente aceptada. Dicho lo anterior, para la Sección Quinta del Consejo de Estado, el segundo cargo propuesto por la demandante tampoco tiene vocación de prosperidad, como se puede apreciar, el 26 de noviembre de 2013 fue aceptada formalmente la renuncia del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán a seguirse desempeñando como Concejal del municipio de Medellín, con efectos a partir del 30 de ese mes y año, esto es, antes de inscribirse y ser elegido Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia. Lo anterior conduce a afirmar que sobre el demandado no pesaba la causal de inhabilidad contenida en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución, pues para el 6 de diciembre de 2013, día en que se inscribió a las elecciones de Congreso, ya había cesado en sus funciones de Concejal, lo que descarta la posible coincidencia de periodos que le endilga la señora Yina Milena Pinzón Montero. Al no haberse acreditado la coincidencia de periodos en el desempeño de las funciones de Concejal y Representante a la Cámara del demandado Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, elemento necesario para que se estructure la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, para la Sala es evidente que, se reitera, el cargo propuesto no puede prosperar. Al no haber prosperado los cargos que la señora Yina Milena Pinzón Montero propuso contra la elección de Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, habrán de negarse las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

Fuente formal: Constitución Política – artículo 179 Numeral 8

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 10001-03-28-000-2014-00056-00

Actor: Yina Milena Pinzón Montero

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia

Procede la Sala a decidir de fondo la demanda que presentó la ciudadana Yina Milena Pinzón Montero con el objeto de obtener la nulidad de la elección del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia para el periodo 2014–2018 contenida en el Formulario E-26 del 22 de marzo de 2014.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

La señora Yina Milena Pinzón Montero, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que planteó las siguientes pretensiones:

“1ª Que se declare la nulidad del acto administrativo de elección del doctor NICOLÁS ALBEIRO ECHEVERRY ALVARÁN, como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento de Antioquia para el periodo 2014–2018, contenido en el Acta general de Escrutinio Departamental de los Delegados del Consejo Nacional Electoral para dicho departamento, de fecha 22 de marzo de 2014, Formulario E-26 CA.

2ª Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la cancelación de la credencial respectiva, se comunique la novedad al Consejo Nacional Electoral, al señor Registrador Nacional del Estado Civil y, además, se ordene a la mesa Directiva de la H. Cámara de Representantes, llamar a tomar posesión de la vacante producida a quien siga en orden en la lista respectiva”.

1.2. Hechos en que se funda la demanda

El apoderado de la actora como fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda, sostuvo lo siguiente:

Que el demandado fue elegido concejal del municipio de Medellín para el periodo constitucional 2012–2015, del cual tomó posesión el 2 de enero de 2012.

Que el 29 de noviembre de 2013, el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán renunció al concejo de Medellín con el fin de inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Antioquia para el periodo 2014–2018, resultando electo el 9 de marzo de 2014.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulneradas las siguientes disposiciones: “*El artículo 179, numeral 8 de la carta Política y el artículo 43 de la Ley 617 del 2000, que adicionó el artículo 47 de la Ley 136 de 1994*”.

Adujo que el acto acusado desconoce el artículo 47 de la Ley 136 de 1994¹, adicionado mediante el artículo 43 de la Ley 617 de 2000², porque (...) en su condición de Concejal del municipio

1 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”

2 “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer

de Medellín en principio, tenía incompatibilidad hasta el 31 de diciembre de 2015, pero en virtud de la renuncia presentada y aceptada el 29 de noviembre de 2013, dicha incompatibilidad se mantendrá por seis (6) meses a partir de su aceptación, es decir, hasta el 29 de mayo de 2014; y como quiera que el 9 de marzo del presente año fue elegido como Representante a la Cámara para el periodo constitucional 2014–2018 por la circunscripción electoral del departamento de Antioquia, con coincidencia de periodos en el tiempo, resultó violado el régimen de incompatibilidades de los concejales”.

Que a efectos de que se configure la causal de inhabilidad que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, deben presentarse dos presupuestos: (i) que una persona haya sido elegida para una corporación y a un cargo público o que haya sido elegido para más de una corporación y, (ii) que exista coincidencia de periodos total o parcial en los periodos constitucionales o legales entre ellos.

Que si bien la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional es uniforme en el sentido de señalar que la renuncia a un cargo de elección popular (efectuada antes de inscribirse a otro cargo de las mismas características), termina el periodo y que, por lo tanto, no se configura la inhabilidad en cuestión, es lo cierto que en el presente caso las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar *“porque al candidato elegido se le crean imperativas obligaciones políticas dentro de las cuales se encuentra la de terminar su periodo constitucional.*

Que, asimismo, aunque la renuncia genera la vacancia absoluta de la curul, de tal circunstancia no puede deducirse la terminación del periodo institucional.

Aunado a lo anterior, puso de presente que la inhabilidad para ser Congresista que prevé numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política está sujeta a que los periodos coincidan en el tiempo (así sea parcialmente), como ocurre en el presente asunto. Que, por tanto, debe declararse la nulidad de la elección que se demanda.

2. Trámite de la demanda

Mediante auto de 21 de mayo de 2014³ se ordenó corregir la demanda para lo cual la señora Yina Milena Pinzón Montero debía indicar la dirección en la cual el demandado recibiría notificaciones o manifestar que desconocía esa información a fin de proceder a notificar la admisión de la demanda en los términos del artículo 277 del CPACA.

Dentro del término concedido se corrigió la demanda, motivo

la descentralización y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”

3 En esta providencia el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió un recurso de reposición presentado por el apoderado del demandante en el cual solicitó que a la demanda se le diera el trámite correspondiente a la acción de nulidad de contenido electoral y no el del procedimiento ordinario como se había dispuesto en el auto admisorio del 3 de febrero de 2014 visible a los folios 37 a 39 del expediente.

por el cual mediante auto del 19 de junio de 2014 se admitió y se ordenó notificarla al señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Ministerio Público⁴.

5. Contestación de la demanda

Únicamente el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán contestó la demanda mediante apoderado judicial en los términos que se resumen a continuación:

–Que la inhabilidad que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política fue objeto de desarrollo legislativo mediante la Ley 5ª de 1992⁵, que consagró en el numeral 8 del artículo 280⁶ *“que no podrán ser Congresistas quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público si los respectivos periodos coinciden en el tiempo así sea parcialmente, salvo en aquellos casos en que la renuncia a una dignidad se presente antes de la elección correspondiente”.*

–Que, por su parte, el artículo 44⁷ de la Ley 136 de 1994⁸ dispone que el concejal en ejercicio y que aspire a ser congresista debe renunciar a su investidura antes de la fecha de inscripción a su candidatura.

–Que si bien el demandado fue elegido como concejal de Medellín para el periodo 2012–2015, renunció a su curul el 29 de noviembre de 2013 a fin de inscribirse como candidato a la Cámara de Representantes para el periodo 2014–2018. Es decir, dicha renuncia se presentó y aceptó antes de la respectiva inscripción.

Por tanto, contrario a lo expuesto por la actora, es claro que en sub examine no se configura la causa de coincidencia de periodos, pues no existió ejercicio simultáneo de dos cargos.

–Aunado a lo anterior, adujo que la Corte Constitucional, en la sentencia C–093 de 4 de marzo de 1994, interpretó los alcances del numeral 8 del artículo 179 constitucional *“en el sentido de concluir que la inhabilidad allí prevista solo se configura ante el ejercicio simultáneo de dos cargos o en una corporación y un cargo público, lo que no ocurre en este caso en donde el demandado renunció en noviembre de 2013 a ser Concejal*

4 Folios 73 a 75 del expediente.

5 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”

6 “Artículo 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas: (...)

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente (...)” (Subraya y negrita fuera de texto).

7 “Artículo 44. Inelegibilidad simultánea. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. Los concejales en ejercicio que aspiren a ser congresistas deben renunciar a su investidura antes de la fecha de la inscripción de su candidatura”. (Negrita y subraya fuera de texto).

8 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

de Medellín, antes de ser elegido Representante a la Cámara, tomando posesión de la curul el 20 de julio de 2014”.

– Que en esa misma sentencia se indicó que la renuncia debidamente aceptada conduce a la vacancia absoluta del cargo, lo que implica que el periodo de quien renunció se extinguió y ya no puede ser considerado servidor público porque perdió esa calidad.

– Que, asimismo, el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de octubre de 2002, exp. 2002–0008–01, analizó el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política y determinó que para la configuración de la inhabilidad allí consagrada no basta que se demuestre que una persona ha sido elegida dos veces, pues es necesario que de acredite que las elecciones o nombramientos coincidieron en el tiempo. Que la renuncia constituye una vacancia absoluta.

Tal posición ha sido reiterada en sentencias del 23 de febrero de 2007, exp. 3982–3951; del 13 de agosto de 2009, exp. 3944–3957; del 10 de marzo de 2011, exp. 2010–00020–00 C. P. Susana Buitrago Valencia y, del 8 de noviembre de 2012, exp. 2010–00097–00, C. P. Alberto Yepes Barreiro. En esta última “*decisión se indicó que la renuncia al cargo de concejal podía presentarse incluso un día antes de la elección porque lo importante era demostrar la real coincidencia de periodos y no la posibilidad de concurrencia de los mismos*”.

– Respecto a la presunta transgresión del artículo 47⁹ de la Ley 136 de 199, pues, a juicio de la actora, sobre el demandado pesaba una incompatibilidad¹⁰ que se mantenía por el término de seis meses contados a partir de que se aceptó su renuncia, puso de presente que “*las incompatibilidades son taxativas para los concejales y se encuentran consagradas en el artículo 45¹¹ ídem*”.

9 “Artículo 47. Duración de las incompatibilidades. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión”.

10 La demandante no explicó cuál de las incompatibilidades previstas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 se configuró en el caso del señor Nicolás Albeiro Echaverry Alvarán.

11 “Artículo 45. Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. <Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

5. <Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten

Que en el presente caso, el actor no demuestra que el demandado se encuentre incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, porque para el momento de su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia no ostentaba la calidad de Concejal de Medellín por haber renunciado desde noviembre de 2013 a tal dignidad.

6. Intervención de los señores Fabio Franco Zapata, Luis Fernando Alzate Sanín, Margarita María Gómez Montoya, María Nubia Arango, Willington Alfonso Villada Tabarez y Jorge Luis Arrieta Garrido, en calidad de coadyuvantes del demandado

Mediante apoderado judicial los coadyuvantes del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán presentaron escrito de intervención en el cual señalaron:

Que desde 1994 la Corte Constitucional a través de la sentencia C–093 decantó la interpretación del numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política en el sentido de que la “*prohibición de coincidencia de periodos [se configura] cuando una persona actúa de manera simultánea en dos corporaciones, cargos o en una corporación y un cargo*”.

Que, en consecuencia, quien aspire a ser elegido congresista, al momento de la elección no puede estar desempeñándose como concejal, diputado o servidor público, tesis que también ha respaldado el Consejo de Estado.

Que entonces como el demandado renunció a su curul de concejal de Medellín el 25 de noviembre de 2013¹² – que se aceptó el 26 del mismo mes y año con efectos a partir del 30–, no se está en presencia de la causal de coincidencia de periodos, pues su inscripción a la Cámara de Representantes fue posterior a la referida renuncia, lo que excluye la posibilidad de que los periodos de concejal y congresista coincidieran en el tiempo.

7. Alegatos de conclusión

7.1. De la señora Yina Milena Pinzón Montero

El apoderado de la demandante sostuvo que además de las causales de incompatibilidad que respecto de los concejales prevé el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, a éstos también les aplica la del numeral 8 del artículo 179¹³ de la Constitución Política, razón por la cual el régimen de incompatibilidades en el caso del señor Echeverry Alvarán se extendió por seis meses más, contados a partir del momento en que el Concejo de Medellín aceptó su renuncia a la curul que ocupaba.

Que si la Ley 136 creó “*la ficción de que las incompatibilidades de los concejales se mantienen, en caso de renuncia, durante*

servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio”.

12 Los coadyuvantes afirman que ese fue el día en que el demandado presentó renuncia y no el 29 de noviembre de 2013.

13 Se precisa que el artículo 179 de la Constitución Política no consagra el régimen de incompatibilidades de los congresistas sino el de inhabilidades.

los seis (6) meses siguientes a su aceptación, no resulta lógico afirmar que su periodo se extinguió antes y, así las cosas, por la existencia de la ficción aludida, el demandado fue elegido congresista el 9 de marzo de 2014, estando en la situación jurídica de la incompatibilidad como concejal”.

7.2. Del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán

El apoderado del demandado reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda.

7.3. De los coadyuvantes del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán

El apoderado de los coadyuvantes del demandado se ratificó en las razones de oposición a las pretensiones de la demanda.

8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que negaran las pretensiones. En síntesis, adujo:

Que el concepto que rinde se restringirá únicamente a los términos en que la Consejera conductora del proceso fijó el litigio en la audiencia inicial.

Que en el presente asunto es irrelevante que se estudie si el demandado vulneró el régimen de incompatibilidades de los concejales que prevé el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 *“porque si ello fue así procedería una sanción disciplinaria, pero nunca la nulidad de la elección debido a que aquellas ocurren con posterioridad a la elección o nombramiento”.*

Que, además, la presunta incompatibilidad en que se apoya la demanda es predicable de los concejales y no de los congresistas cuyo régimen de incompatibilidades se encuentra en el artículo 180 de la Constitución Política.

Respecto de la supuesta coincidencia de periodos, manifestó que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 8 de octubre de 2014, dictada dentro del expediente 2014–00032–00, concluyó que para que esta causal se configure se requiere que se presente elección simultánea de una persona como miembro de dos corporaciones, cargos o, a una corporación y un cargo público y, además, que los periodos en cualquiera de los anteriores eventos coincidan en el tiempo así sea parcialmente.

Que la citada inhabilidad se reglamentó en el artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 donde se estableció que la misma no opera cuando antes de la elección al Congreso el aspirante a congresista presenta renuncia al cargo o dignidad pública que desempeña.

Que, por lo anterior, la solicitud de nulidad electoral no puede prosperar porque el 26 de noviembre de 2013 se le aceptó al

demandado su renuncia como concejal de Medellín con efectos a partir del 30 del mismo mes y año; esto es, antes de su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia *“de allí que no pueda haber simultaneidad de elección ni mucho menos coincidencia de periodos y de desempeño”.*

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para pronunciarse, en única instancia, sobre la demanda de nulidad electoral que presentó la señora Yina Milena Pinzón Montero contra la elección del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, período 2014–2018.

2. Del asunto objeto de debate

En el presente asunto corresponde a esta Sala determinar si prosperan las pretensiones de la presente demanda de nulidad electoral, de acuerdo con la fijación del litigio¹⁴ que tuvo lugar en la audiencia inicial que se celebró el día el 20 de octubre de 2014.

En dicha diligencia, el litigio se circunscribió a lo siguiente:

“(…) Determinar si el demandado Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán vulneró el régimen de incompatibilidades al que hace referencia el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 por no haber renunciado al cargo de Concejal del municipio de Medellín dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia para el periodo 2014–2018.

Se sustenta el cargo en que el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 prevé que las incompatibilidades de los concejales, en caso de renuncia, se mantienen durante los seis (6) meses siguientes a la fecha en que esta se aceptó. Que como la renuncia del demandado al Concejo de Medellín se aceptó a partir del 29 de noviembre de 2013, el plazo de seis (6) meses vencía hasta el 29 de mayo de 2014.

Que, en consecuencia, el demandado no podía ser elegido Congresista porque de conformidad con el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política “Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto la Sala debe determinar:

¹⁴ La fijación del litigio no fue objeto de recursos.

(i) Si el demandado vulneró el régimen de incompatibilidades que respecto de los concejales prevé el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, pues no renunció como concejal de Medellín seis (6) meses antes de su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia y,

(ii) Si el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán no podía ser elegido Congresista por coincidir su periodo de concejal del municipio de Medellín con el de Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, con lo cual trasgredió el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política.

3. Caso concreto

- **Primer cargo:** Vulneración del régimen de incompatibilidades que prevé el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 porque el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán no renunció a ser Concejal de Medellín seis (6) meses antes de su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

Con el fin de emprender el estudio de este cargo, la Sala estima pertinente reiterar los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad ya fijados por esta Sección en la sentencia del 19 de septiembre de 2013, proferida dentro del expediente 2012–00055–00¹⁵.

Así, las inhabilidades se han entendido como aquellas prohibiciones consagradas taxativamente en la Constitución y en la Ley “*en consideración a ciertas situaciones negativas, de carácter personal, en las que en algún momento incurra o haya incurrido el candidato y que pueden comprometer su desempeño en caso de resultar elegido*” (Subraya y negrita fuera de texto).

Por su parte, las incompatibilidades “*son aquellas prohibiciones que aplican a quienes han sido elegidos o nombrados, o a quienes en el pasado lo fueron, y que, por mandato constitucional o legal, no pueden incurrir en ciertas actuaciones mientras ejerzan el cargo para el cual fueron electos, y en muchas oportunidades incluso cobijan un tiempo adicional*”. (Subraya y negrita fuera de texto)

Como puede apreciarse de los apartes transcritos, las inhabilidades son aquellas situaciones que impiden que un ciudadano pueda ser elegido o nombrado para ocupar un cargo o dignidad, so pena de viciar de nulidad su elección o nombramiento. Por otro lado, las incompatibilidades hacen referencia a las circunstancias que prohíben que un ciudadano, con posterioridad a haber sido elegido mediante voto o designado para desempeñar un cargo público, realice ciertas conductas que, de materializarse, imposibilitarían que pueda seguir en el ejercicio de sus funciones.

Es por lo anterior que el Legislador en el artículo 275¹⁶ del CPACA, no consagró las causales de incompatibilidad como eventos que puedan generar la nulidad de una elección, pues se reitera, estas surgen una vez se realiza la elección o el nombramiento.

Sobre la imposibilidad de solicitar la nulidad de un acto de elección por haberse configurado una causal de incompatibilidad, esta Sala se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…)”

Incurrir en causales de incompatibilidad impide a los ya elegidos desempeñar otros cargos públicos. Para cuestionar tales conductas la Constitución Política dispuso la acción judicial de pérdida de investidura. No procede por tanto solicitar declaratoria de nulidad de un acto electoral con fundamento en causales de incompatibilidad porque estas tienen ocurrencia con posterioridad a la elección o nombramiento y por tanto no vician la elección sino que producen la imposibilidad legal de continuar ejerciendo la función asignada¹⁷. (Negrita fuera de texto).

Ahora bien, vale la pena precisar que en el asunto bajo estudio la censura de la demandante es clara en el sentido de indicar que si las incompatibilidades, según el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 permanecen en el tiempo por 6 meses después de la renuncia a concejal, entonces, el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán no podía ser elegido Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

En efecto, el cargo en específico, fue el siguiente: “*tal régimen consagrado para los concejales en el artículo 45¹⁸ de la Ley*

16 “Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.
2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.
3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.
4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.
6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.
8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política”.

17 Sobre el particular ver también sentencia del 2 de octubre de 2008, Exp. 2007–01506–01, C. P. Susana Buitrago Valencia y sentencia del 21 de abril de 2005, Exp. 2004–00052–01, C. P. Filemón Jiménez Ochoa.

18 El numeral 1 del artículo 45 de la ley 136 de 1994, que disponía que los concejales no podrán: “Aceptar o desempeñar cargo alguno en la

15 Sentencia del 19 de septiembre de 2013, expediente: 2012–00055–00, C. P. Alberto Yepes Barreiro.

136 de 1994 fue transgredido porque conforme con el artículo 47 ídem, las incompatibilidades permanecen vigentes por el espacio de 6 meses contados a partir de la fecha en que formalmente es aceptada la renuncia a seguir desempeñándose como concejal”. Que, por tal razón, se reitera, el demandado no podía ser elegido, pues el período de la incompatibilidad se extendía al momento de su elección como Representante a la Cámara por Antioquia.

Sobre el particular, la Sala pone de presente que la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 2 de mayo de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, al estudiar la constitucionalidad del término de 6 meses que prevé el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, sostuvo que tal período no puede entenderse propiamente como una incompatibilidad, sino que realmente se trata de una prohibición.

Que, en efecto, el hecho de que las compatibilidades se mantengan por un término de 6 meses después de la renuncia, en realidad, debe entenderse como una inhabilidad, que de llegar a cristalizarse tiene la potencialidad de anular la respectiva elección.

Empero, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la referida norma, bajo el supuesto de que **la prohibición únicamente tiene sentido dentro del ámbito territorial del municipio o distrito correspondiente**.

Asimismo, en la misma providencia se concluyó que tales prohibiciones “no pueden castigar a una persona haciéndole imposible obtener su sustento mediante un trabajo o accediendo a otro cargo público, motivo por el cual el alcance del plazo consagrado en el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 debía entenderse a que la prohibición se refería a aceptar o desempeñar cargo público, ser apoderado de entidades públicas, celebrar contratos etc., **pero en el mismo municipio o distrito en el cual una persona se haya desempeñado como concejal**” (negrilla y subrayado fuera de texto original).

En efecto, al respecto la Corte Constitucional manifestó:

(...) Obsérvese, por ejemplo, que, según el artículo 45 de la misma Ley 136 de 1994, entre las incompatibilidades cuya vigencia se extiende por seis meses después de haber dejado el puesto de concejal, está la de “aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública”, sin circunscribir la aplicación de la norma al ámbito del municipio, que sería lo razonable una vez terminado el período, y la de “vincularse como trabajador oficial o contratista”, también sin distinción alguna sobre el nivel territorial o administrativo en que pudiera tener lugar la vinculación.

Así, pues, en la norma examinada aparece desvirtuado el concepto de incompatibilidad, cuyo alcance corresponde al ejercicio de ocupaciones simultáneas, cuando a todas luces la dualidad, inherente a aquélla, desaparece desde el momento mismo en que culmina el período o es aceptada la renuncia.

Pero, por otra parte, la Corte considera que carecería de todo sustento constitucional una decisión que privara al legislador de la facultad –implícita en la potestad que le corresponde– de señalar prohibiciones, durante cierto tiempo, a quien ha ejercido un cargo, en guarda del interés público y de la claridad que debe prevalecer en las actuaciones de quien acaba de ser funcionario y hace tránsito al ejercicio de actividades privadas.

Lo ajustado a la Carta Política en esas situaciones no es la consagración de mandatos extremos que impliquen hacer nugatorios los derechos de la persona o abrir las posibilidades de indebidas manipulaciones de la función pública para abonar el terreno de los beneficios particulares, sino el equilibrio armónico entre el interés común, que la ley preserva mediante la introducción de límites y restricciones razonables, y el sano ejercicio de los derechos fundamentales del individuo.

Un debido entendimiento de la norma demandada, bajo las perspectivas dichas y en desarrollo de una interpretación constitucional sistemática, permite concluir en su exequibilidad, aunque declarada bajo el supuesto de que, por una parte, en el texto legal se ha utilizado impropriamente el término “incompatibilidades”, cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de prohibiciones, y, por otra, que estas no deben interpretarse ni aplicarse como absolutas, lo que las haría inconstitucionales.

De allí resulta que su alcance admisible, es decir, conforme a los postulados de la Carta Política, se reduce a impedir que la aceptación o desempeño de cargos, la celebración de contratos, la realización de gestiones y, en general, las diferentes tareas que el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 denomina “incompatibilidades”, para quien ha dejado de ser concejal, durante los seis meses siguientes a la culminación del período o la efectividad de la renuncia, puedan llevarse a cabo en relación con el mismo municipio o distrito al cual se sirvió en la posición enunciada”. (Negrita fuera de texto).

administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura”, fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.

Además de lo anterior, resulta conveniente precisar, que el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, preveía

como prohibición para los concejales, la siguiente: *“Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder su investidura”*, norma que fue subrogada por el artículo 3º de la Ley 177 de 1994, que dispuso: *“Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder su investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas”*. (Negrita fuera de texto).

Como puede apreciarse, la citada disposición prohibía a los concejales aceptar cualquier cargo en la administración pública o vincularse a esta como trabajador oficial o contratista, pero no le impedía desempeñarse como Congresista pues es evidente que tal dignidad no se ejerce en la administración sino en la Rama Legislativa del Poder Público.

Ahora bien, el artículo 3º de la Ley 177 de 1994, posteriormente fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, pero tal circunstancia no implica que haya recobrado vigencia el texto original del numeral 1 del artículo 45 de la Ley, pues al haber sido subrogado por la primer norma debe entenderse que desapareció del mundo jurídico, tal y como lo dispone el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, según la cual: *“Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”*. (Negrita fuera de texto)

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Sala despachará desfavorablemente el cargo de la demandante atinente al presunto desconocimiento por parte del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán del artículo 47 de la Ley 136 de 1994, en el sentido de que las prohibiciones de los concejales duran por un período de 6 meses una vez es aceptada su renuncia a la curul¹⁹, pues es claro que tal restricción únicamente aplica en el ámbito del territorio²⁰ (municipio) en el cual el implicado se desempeñó como concejal, mas no se predica de otras circunscripciones, como en este caso, por la cual resultó electo Representante a la Cámara el demandado, esto es, el departamento de Antioquia.

Además, porque como se expuso, si se encontrara vigente el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, la prohibición allí contenida solo podría aplicar para la aceptación de cargos y contratos en la administración pública y, la dignidad de congresista, se ejerce en la Rama Legislativa del Poder Público, hecho que no podría viciar de nulidad la elección demandada.

Segundo cargo: Desconocimiento del numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política

19 El Ministerio Público en el concepto acoge igualmente esta tesis.

20 para el caso del actor en el municipio de Medellín.

La señora Yina Milena Pinzón Montero considera que el acto de elección debe anularse porque coincidieron en el tiempo, parcialmente, los periodos de Concejal y de Representante a la Cámara del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, tipificándose con ello la causal de inhabilidad para ser Congresista que prevé el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, según la cual *“Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”*.

La Sección Quinta ya ha tenido oportunidad de referirse en diferentes ocasiones a la aludida causal de inhabilidad en el sentido de señalar que no se configura cuando con anterioridad a una elección o a un nombramiento el ciudadano ha presentado renuncia al cargo público o a la corporación pública y esta ha sido debidamente aceptada.

En efecto, en sentencia del 10 de marzo de 2011, exp. 2010–00020–00²¹, se concluyó:

“Está probado que el demandado fue elegido y tomó posesión del cargo de Diputado de la Asamblea Departamental de Antioquia para el periodo 2007 – 2011. Igualmente está acreditado que fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia periodo 2010 – 2014.

Con esta acreditación se demuestra que el demandado resultó elegido para una segunda corporación respecto de la cual existe coincidencia de periodo con el de Diputado a la Asamblea Departamental. No obstante, no puede decirse que para el momento de la inscripción y elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Antioquia el señor Iván Darío Agudelo Zapata fungía como Diputado a la Asamblea por esa misma circunscripción, pues ocurre, que respecto de esta primera dignidad él presentó renuncia que le fue aceptada el 30 de julio de 2009 en sesión celebrada esa fecha, y formalizada por la Resolución N° 102 de 2009.

Esta dimisión ocasionó que respecto del mismo se generara la finalización de la función que desempeñaba, lo que impide que pueda endilgársele que esa primera elección estuviera vigente para el momento de la inscripción ni al de la elección como Congresista, pues éstos hechos tuvieron ocurrencia el 2 de febrero y el 14 de mayo de 2010 respectivamente, mientras que la aceptación de la renuncia ocurrió con anterioridad desde el 30 de julio de 2009.

Así, no puede predicarse vigencia de periodos coincidentes, ya que el de la Asamblea

21 C. P. Susana Buitrago Valencia

Departamental quedó inexistente por razón de los efectos de la renuncia que se presume válida”.*(Subraya y negrita fuera del texto)*

Luego, en fallo del 8 de octubre de 2014, exp. 2014–00032–00²², la Sección Quinta, expresó:

“Aunque la ley replica lo establecido por la Constitución en el numeral 8 del artículo 179, esta consagró una excepción a la configuración de dicha inhabilidad, según la cual se encuentra plenamente facultado para ejercer un cargo público o desempeñarse en una corporación pública, incluso si los períodos se traslapan en el tiempo, quien con anterioridad a la elección correspondiente, haya presentado renuncia a la dignidad que venía desempeñando.

Porque, incluso si se considera que el legislador desbordó su potestad al añadir una excepción que la Constitución no contempló, el medio idóneo para denunciar dicho exceso es la acción pública de inconstitucionalidad, mecanismo que se agotó cuando la Corte Constitucional al conocer de la demanda contra el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, declaró, mediante sentencia C–093 de 1994, la exequibilidad de tal precepto.

Cabe resaltar que dicha providencia es una decisión de control “concreto” de constitucionalidad y que se caracteriza por: i) hacer tránsito a cosa juzgada absoluta y ii) tener efecto “erga omnes”, toda vez que la decisión allí contenida tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos.

Las características de este fallo, permiten concluir que es de imperioso cumplimiento, tanto para los ciudadanos como para el poder judicial, la decisión allí contenida.

Porque atendiendo al carácter de “ley orgánica” de la Ley 5ª de 1992, debe preferirse una interpretación sistemática y armónica entre la Constitución y la ley y no una interpretación literal y exegética del artículo 179 Superior. Este argumento, adopta mayor fuerza si se tiene en cuenta, que las leyes orgánicas conforman el “bloque de constitucionalidad en sentido lato” y en esa medida, sirven como “parámetro de interpretación de la Constitución”. Por ello, la inhabilidad contenida en el texto constitucional se debe entender en armonía, con la salvedad establecida por el constituyente derivado en la Ley 5ª de 1992. En consecuencia, no puede la Sala optar por una interpretación que desconozca las prescripciones que trae dicha normativa, en lo que atañe a la inhabilidad por “coincidencia de períodos”.

(...)

Así las cosas y pese a la sugestiva propuesta hermenéutica planteada por la parte demandante, no escapa a la Sala, el hecho de que el régimen de inhabilidades, en sí mismo, implica la restricción al derecho fundamental a elegir y ser elegido, y por tanto, el mayor o menor grado de limitación de éste corresponde definirlo al Constituyente o al legislador ordinario, y al juez electoral, aplicarlo e interpretarlo con el criterio hermenéutico apropiado para el cumplimiento de su finalidad.

Por ello, no puede esta Sección desconocer ni la ley ni la cosa juzgada constitucional, que avalaron la postura según la cual la renuncia a la dignidad que la persona que venía desempeñando, impide la configuración de la inhabilidad contemplada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución”. (Negrita fuera de texto).

Dicho lo anterior, para la Sección Quinta del Consejo de Estado, el segundo cargo propuesto por la demandante tampoco tiene vocación de prosperidad, puesto que dentro del expediente está acreditado, lo siguiente:

- El señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán fue elegido Concejal del municipio de Medellín para el periodo 2012–2015 y tomó posesión de tal dignidad el 2 de enero de 2012 según se desprende del acta de sesión inaugural de esa misma fecha²³.
- Mediante escrito de 25 de noviembre de 2013, el demandado presentó renuncia a su curul²⁴ ante el Concejo de Medellín.
- En sesión del 26 de noviembre de 2013, los integrantes del Concejo de Medellín aceptaron la renuncia del señor Echeverry Alvarán a partir del 30 del mismo mes y año²⁵.
- A folio 198 del expediente obra el Formulario E–6 en el que se observa que el demandado se inscribió el 6 de diciembre de 2013 a las elecciones de Congreso a llevarse a cabo el 9 de marzo de 2014, para el periodo constitucional 2014–2018.
- – Al folio 52 del expediente obra copia auténtica del Formulario E–26 del 22 de marzo de 2014 donde se declara que el señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán fue elegido Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

²² Sobre el particular también puede verse la sentencia del 30 de octubre de 2014, Exp. 2014–00054–00, C. P. Alberto Yepes Barreiro.

²³ Folios 187 y 188 del expediente.

²⁴ Folio 150 del expediente.

²⁵ Folio 179 del expediente.

Como se puede apreciar, el 26 de noviembre de 2013 fue aceptada formalmente la renuncia del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán a seguirse desempeñando como Concejal del municipio de Medellín, con efectos a partir del 30 de ese mes y año, esto es, antes de inscribirse y ser elegido Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia.

Lo anterior conduce a afirmar que sobre el demandado no pesaba la causal de inhabilidad contenida en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución, pues para el 6 de diciembre de 2013, día en que se inscribió a las elecciones de Congreso, ya había cesado en sus funciones de Concejal, lo que descarta la posible coincidencia de periodos que le endilga la señora Yina Milena Pinzón Montero.

Al no haberse acreditado la coincidencia de periodos en el desempeño de las funciones de Concejal y Representante a la Cámara del demandado Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, elemento necesario para que se estructure la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, para la Sala es evidente que, se reitera, el cargo propuesto no puede prosperar.

Al no haber prosperado los cargos que la señora Yina Milena Pinzón Montero propuso contra la elección de Nicolás Albeiro

Echeverry Alvarán, habrán de negarse las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

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,

FALLA:

PRIMERO. NEGAR la nulidad de la elección del señor Nicolás Albeiro Echeverry Alvarán, como Representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, para el periodo constitucional 2014–2018, contenida en el Formulario E–26 de 22 de marzo de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta decisión, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidente
Susana Buitrago Valencia
Alberto Yepes Barreiro

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA

- Por vínculo de parentesco con funcionario que ejerza autoridad civil o política / INHABILIDAD POR VINCULO DE PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD
- Presupuestos para que se configure / REPRESENTANTE A LA CAMARA - Pariente no ejerció autoridad civil en el desempeño del cargo de Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara por Caldas, porque infringió la prohibición que establece el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que toda vez que, según el actor, al momento de la elección su sobrina se desempeñaba como Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, cargo en el que ejerció autoridad civil. Se ha dicho que para que se entienda configurada la causal de inhabilitación prevista en la norma en comento, es necesario que se verifiquen los siguientes presupuestos: a.- Que exista un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. b.- Que el vínculo sea con un funcionario que ejerza autoridad civil o política. c.- Que el ejercicio de esa autoridad tenga lugar en la respectiva circunscripción electoral y cuando menos el día de las elecciones. A juicio de la Sala, no cabe la menor duda que en el presente caso en lo que tiene que ver con el ejercicio de autoridad civil, el estudio sólo puede realizarse con base en las disposiciones que el demandante expresamente señaló como sustento de la demanda de nulidad electoral, respecto de las cuales se fijó el litigio en la audiencia inicial y que, valga la pena aclarar, no fueron objeto de reparo alguno por parte del demandante. Ahora bien, como correctamente lo puso de presente el agente del Ministerio Público, el Decreto Ley No. 261 de 2000 -a partir del cual el actor pretende demostrar el ejercicio de autoridad civil por parte de la sobrina del demandado- fue derogado expresamente por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004, normativa que, a su vez, el Decreto Ley 16 de 2014 derogó parcialmente. Sin embargo, como la Sala insiste en que al concepto de la violación y al punto litigioso por resolver debe dársele el entendimiento de que radica en establecer si el desempeño del empleo “Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía”, por parte de la sobrina del demandado, comporta atribuciones o competencias que desarrollan autoridad civil, entonces para determinarlo, se impone que el juez acuda al aspecto funcional del empleo, consultando las facultades de que está investido por cuenta de las que se le asignen en el correspondiente Decreto que las rijan. Así, es el artículo 37 del Decreto Ley No. 16 de 2014, que entró en vigencia el 9 de enero de 2014 y que, en particular, dejó sin efecto la disposición de la Ley 938 de 2004 que regulaba las funciones del cargo de Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía, el que cambió la denominación de dicho cargo por la de “Director Nacional de Apoyo a la Gestión.” (...) de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación la autoridad civil consiste en la potestad para producir el

ejercicio de actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir sobre los ciudadanos y la comunidad en general, con posibilidad incluso de compulsión o de coerción por la fuerza. Son expresión exógena de la autoridad. Dentro de estos parámetros, no cabe duda de que ninguna de las funciones que tiene atribuidas el empleo de Directora Nacional de Apoyo a la Gestión comporta ejercicio de autoridad civil, pues carece de la potestad autónoma y propia para desplegar actos de poder y mando obligatorios de acatamiento por los habitantes del Departamento de Caldas. Es decir, en el desarrollo de su cargo no detentó función de policía administrativa alguna. No tenía competencia para dictar “actos de autoridad”, que denoten en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos. Las anteriores son razones suficientes para concluir que, ante la falta de acreditación del ejercicio de autoridad civil por parte de la señora María Marcela Yepes Gómez como Directora Nacional y Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, no existe configuración de la causal de inhabilitación que invoca por la parte actora. Por consiguiente, lo que se impone, es desestimar las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00019-00

Actor: Rodrigo Becerra Angarita

Demandado: Representante A La Camara por el Departamento de Caldas

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.-

El señor Rodrigo Becerra Angarita, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra de la elección del señor Arturo Yepes Alzate como Representante a la Cámara por el departamento de Caldas, período 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare la NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, contenido en resultado

del escrutinio E26-CAM de fecha 11 de marzo de 2014 comunicado y/o expedido el 17 de marzo de 2014, proferido por los Miembros de la Comisión Escrutadora del Departamento de Caldas, decisión administrativa por medio del cual se declaró la elección como representante a la cámara de representante por el departamento de Caldas del señor ARTURO YEPES ALZATE identificado con cédula de ciudadanía número 10.255.441.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la anterior declaratoria de NULIDAD se revoque la credencial del señor ARTURO YEPES ALZATE, ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral.

2. Hechos.-

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

- Que en las elecciones que tuvieron lugar el día 9 de marzo de 2014, el señor Arturo Yepes Alzate, en su condición de candidato del partido conservador, resultó electo como Representante a la Cámara por el referido departamento.
- Que de forma simultánea a la elección, la señora Marcela María Yepes Gómez, identificada con C.C. No. 30.318.689 de Manizales, desempeñaba el cargo de Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, en el cual ejerció autoridad civil y administrativa, *“hecho que es notorio a través de la página web de la Fiscalía General de la Nación.”*
- Que el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política prevé que *“...no podrán ser congresistas quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.”*
- Que entre el demandado y la señora Marcela Yepes Gómez existe un vínculo por parentesco en tercer grado de consanguinidad, pues ésta última es hija del señor Omar Yepes Alzate, hermano del representante electo.

3. Normas violadas y concepto de la violación.-

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 179-5 de la Constitución Política.
- El artículo 139 del CPACA.
- Los artículos 44 y 45 del Decreto 261 de 2000.
- El artículo 188 de la Ley 136 de 1994.

En síntesis, argumentó que el señor Arturo Yepes Alzate al momento de su elección como representante a la Cámara tenía **restringido** su derecho fundamental de participar en la conformación del poder político, por hallarse incurso en la inhabilidad que prevé el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política.

Que existe un vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad con la señora Marcela María Yepes Gómez (hija del señor Omar Yepes Alzate, hermano del demandado), quien al momento de la elección se desempeñaba como Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, cargo en el cual ejerció autoridad civil, en los términos del artículo 188 de la Ley 136 de 1994 y del Decreto No. 261 de 2000 por el cual *“se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.”*

Que, en efecto, según el artículo 44 del citado Decreto, el empleo que ocupaba la sobrina del señor Yepes Alzate, entre otros asuntos, tiene a cargo *“i) dirigir y controlar los procesos administrativos, informáticos y financieros de la entidad en todos los niveles, ii) evaluar y ejercer el seguimiento y control a la gestión realizada por las Direcciones Seccionales Administrativas y Financieras, iii) orientar y controlar la administración de las sedes de la Fiscalía General, iv) responder por la organización operativa y el control de las actividades relacionadas con la administración de los bienes patrimoniales y de aquellos bienes puestos a disposición de la entidad y garantizar su conservación”*.

Que en el sub examine, de acuerdo con dichas funciones es evidente el ejercicio de autoridad civil (*“consistente en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejercer sobre la generalidad de las personas o el empleo del poder público en función de mando con el propósito de desarrollar los altos fines perseguidos por la ley”*), el cual se efectuó en el respectivo departamento en la medida en que *“las Direcciones Seccionales Administrativas y Financieras están sujetas en la mayoría de sus funciones a lo dispuesto desde la Dirección Nacional”*.

4. Contestación de la demanda

El señor Arturo Yepes Alzate contestó la demanda por intermedio de apoderado. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros no le constaban. Se opuso a cada una de las pretensiones.

Sostuvo que *“la inhabilidad que contiene el artículo 179-5 de la Constitución hace referencia a funcionarios de la Rama Ejecutiva o a los funcionarios de los organismos de control, o quizás funcionarios de otras instituciones del Estado que ejercer autoridad civil o política, pero nunca a funcionarios y empleados de la Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación -, quienes ejercen exclusivamente funciones jurisdiccionales y/o de apoyo técnico o administrativo de la función jurisdiccional de la Rama Judicial”*.

Con fundamento en el concepto que trae el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 y en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, manifestó que en el cargo de Director Nacional Administrativa y Financiera (hoy Directora Nacional de Apoyo a la Gestión) no ejerce autoridad civil, pues *“el objetivo y alcance de sus funciones están orientadas a cumplir con la misión institucional de la Fiscalía, esto es, ejercer la acción penal, o sea, cumplir una función de apoyo técnico o administrativo a la función jurisdiccional”*.

Que incluso las funciones de carácter administrativo y de apoyo técnico no tienen alcance en la circunscripción territorial de Caldas, pues su ejercicio es exclusivamente de índole nacional. Que, asimismo, de conformidad con el parágrafo del artículo 179 constitucional, respecto de la prohibición que prevé el numeral 5º la circunscripción territorial no coincide con la nacional.

Que, además, en el presente caso debe tenerse en cuenta que el actor sustentó la configuración de la inhabilidad con fundamento en los artículos 44 y 45 del Decreto Ley 261 de 2000 (por la el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones), pero esa norma fue derogada expresamente por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004, que contiene el Estatuto Orgánico de esa entidad.

Por último, argumentó que, contrario a lo expuesto por el actor, el Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía no realiza los nombramientos de los funcionarios seccionales. Tampoco ejerce función sancionatoria o disciplinaria alguna sobre éstos. Que la capacidad nominadora recae directamente en el Fiscal General y la facultad disciplinaria sancionatoria está a cargo de la Oficina de Veeduría y Control de dicha entidad.

Que tampoco es el superior jerárquico de los Directores Seccionales Administrativos, hoy Subdirectores Seccionales de Apoyo a la Gestión, los cuales tienen sus propias funciones y competencias.

5. Coadyuvancias

- El señor Henry Armando Gómez Tamayo, mediante memorial que obra a folios 97-102 del expediente, coadyuvó las pretensiones de la demanda. En síntesis, adujo que la señora Marcela Yepes Gómez (sobrina del demandado), en su condición de Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación y de acuerdo con la Resolución No. 01321 del 10 de agosto de 2012, *“ostenta la función de ordenadora del gasto y reconocimientos de pago a nivel nacional con subordinación de las Unidades Seccionales y Locales de las Fiscalías”*.

Además de lo que expuso el demandante, puso de presente que la señora Yepes Gómez en ejercicio de dicho cargo celebró un sin número de contratos y de actuaciones administrativas (que relaciona a folios 98-99), las cuales denotan sus facultades *“como ordenadora del gasto y de subordinación y dependencia*

de los directores seccionales de la Fiscalía del Departamento de Caldas”.

Que por tales razones es claro que el señor Yepes Alzate estaba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara por Caldas, según las voces del artículo 179-5 constitucional.

- El señor Guillermo Francisco Reyes, mediante escrito que obra a folios 465-491, manifestó que intervenía para defender la legalidad del acto acusado. En concreto, adujo que en el caso concreto no está presente el ejercicio de autoridad civil, pues el cargo de Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía es del orden nacional y, por ende, no tiene incidencia en la respectiva circunscripción electoral del departamento de Caldas, según lo previsto en el último parágrafo del artículo 179 de la Constitución Política que expresamente consagra que a efectos de la prohibición *“que consagra el numeral 5º de esa disposición la circunscripción nacional no coincide con cada una de las territoriales.”*

Que, además, los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación exclusivamente ejercen funciones jurisdiccionales y/o de apoyo técnico o administrativo a las funciones de la Rama Judicial, mas no autoridad civil. Que esas funciones están orientadas a *“cumplir con la misión institucional de la Fiscalía, esto es, ejercer la acción penal”*.

6. Trámite en única instancia

Mediante providencia del 12 de junio de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso¹.

El día 25 de agosto de 2014 se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En ésta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se negó la excepción de inepta demanda por inexistencia del concepto de la violación que propuso la parte demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

“(…) el escrito de la demanda si contiene un concepto de violación, que se sustenta en la causal de inhabilidad que prevé el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política.

El Despacho recuerda que la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales en los términos en que se encuentra prevista en el artículo 100 del CGP, está circunscrita a que el demandante en el escrito de la demanda omita formular los fundamentos de derecho que sustentan las pretensiones, para lo cual debe indicar las normas violadas y explicar el concepto de la violación.

Es decir, se trata de un requisito formal, que el actor cumplió a cabalidad en el sub examine, toda vez que a folios 2-8 de la demanda indicó las disposiciones

¹ Folios 61-63.

que, a su juicio, desconoce el acto acusado y, además, explicó las razones por las cuales se configura la inhabilidad que se endilga al señor Arturo Yepes Alzate. El hecho de que el apoderado del demandado considere que el “concepto de la violación es errado”, pues el ejercicio de autoridad civil se sustentó en disposiciones que, a su parecer, están derogadas, no implica la inexistencia del concepto de violación, que es la razón para que, en realidad, se configure la inepta demanda por falta de requisitos formales.

Tal argumento es un asunto que deberá analizarse de fondo en la sentencia a fin de determinar si en el caso concreto están presentes todos los elementos necesarios a efectos de que se configure la inhabilidad en cuestión.

En esa misma diligencia, se fijó el objeto del litigio y se decretaron pruebas.²

7. Alegatos de las partes

a) El actor reiteró los argumentos de la demanda. Con fundamento en el concepto del 5 de junio de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación (Rad. 2007-00046-00), concluyó que *“el cargo que desempeña la inhabilitante tiene todas las características que conllevan la autoridad civil y que se exterioriza por actos administrativos de poder (nombramiento de funcionarios en el departamento y en la capital del departamento) y mando (suscripción de contratos administrativos), que el mismo cargo advierte al impartir órdenes o instrucciones y el de adoptar medidas coercitivas para hacerlas cumplir y que, además, la facultad para tomar decisiones determinantes para la Fiscalía General de la Nación o para tener injerencias en ellas, pues tal y como se probó tiene (entre otras funciones) el nombramiento de las personas, contratos, etc., en el territorio donde se eligió al representante a la Cámara”.*

b) El señor Henry Armando Gómez Tamayo, además de ratificarse en las razones que expuso en la solicitud de coadyuvancia de la demanda, manifestó que:

“(…) No ha de tener trascendencia en el fondo del asunto, el hecho que en la demanda inicial se hubiere citado como norma reguladora del ejercicio de funciones por parte de la doctora Marcela Yepes la que regía para una época anterior a la del día de la elección del Doctor Arturo Yepes, porque lo trascendente para la transparencia del sistema democrático es que la realidad vigente para el día de la citada elección (9 de marzo de 2014), la sobrina del representante que resultó elegido, ocupaba un cargo público que entraña el ejercicio de autoridad civil, como se observa en el artículo 37 del Decreto 016 de 2014”.

Que, además, de las pruebas que obran en el expediente se puede concluir que el cargo como Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía, *“permitió ejercer influencia directa en la gestión de la entidad en el Departamento de Caldas, a tal punto que la actividad administrativa del ente en el presente año se vio ampliamente favorecida en la seccional de Caldas”.*

c) La parte demandada reiteró los argumentos de defensa que expuso en la contestación de la demanda. En concreto, se resalta lo siguiente:

“(…) El decreto 261 de 2000, publicado en el diario oficial No. 43903 del 22 de febrero de 2000, en el cual, el demandante fundamenta integralmente la presunta inhabilidad, pues como se puede apreciar cita el artículo 44 y puntualmente señala y resalta los numerales 2, 3, 5, 6, 7, 8, 8, 9, 11, 12, 13, 14 y 15, como las funciones que le dan la capacidad de ejercer “autoridad civil”, y este decreto 261 de 2000, fue expresamente derogado en su integridad por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004, por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

(…) Esto es, la demanda está sustentada en una norma derogada..., que contenía unas funciones que igualmente se encuentran derogadas, por lo que mal puede fundamentar en ellas una presunta inhabilidad y menos aún calificar como que estas funciones transcritas conllevan el ejercicio de autoridad civil.

Y no solo eso, esta norma derogada establecía las funciones de la Estructura Orgánica de la Fiscalía General de la Nación, esto es, describía las funciones de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera..., que no son iguales a las funciones del cargo de Director Nacional Administrativo y Financiero de la Fiscalía..., estas últimas que se encuentran previstas en la Resolución 2-4145 del 29 de diciembre de 2011 y la Resolución 0-0470 de 2014, que adoptan el Manual Específico de Funciones y Requisitos de los empleos que conforman la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación. Es decir, relaciona unas funciones derogadas, que corresponden al área DIRECCION NACIONAL ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA, y que además, no son las mismas ni corresponden con las funciones del cargo de Director Nacional Administrativo y Financiero”.

8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

Que “en atención a lo indicado en el concepto de la violación fundado en unas normas derogadas [Decreto 261 de 2000] o, dicho de otra forma, al ser errado el planteamiento propuesto en la demanda, debe concluirse que en el sub lite el demandante

² Folios 179-181.

no probó el ejercicio de autoridad civil de la sobrina del electo Representante a la Cámara por el Departamento de Caldas, razón por la cual no se configuraría la causal en estudio y, por ende, tampoco la inhabilidad endilgada”.

Que, sin perjuicio de lo anterior, en prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el asunto debe analizarse teniendo en cuenta las disposiciones que estaban vigentes al momento de la elección del demandado (Ley 938 de 2004) y no bajo la óptica del Decreto Ley 261 de 2000.

Que dentro de ese contexto, es claro que el Manual de Funciones le atribuye a dicho cargo el ejercicio de autoridad civil, *“pues hace alusión al ejercicio de actos de poder y mando, así como de actividades propias de la definición de la orientación de la organización pública, poder que no solamente se expresa sobre los ciudadanos y comunidad en general (expresión exógena de la autoridad civil), sino que se produce también al interior de la organización estatal, expresión ésta última que se ve reflejada en la administración de los recursos físicos y materiales, así como de la organización y control de las actividades relacionadas con la administración de personal, administración de bienes de la entidad y ordenación del gasto”*.

Que, además, en virtud de la delegación que efectuó el Fiscal General mediante Resolución No. 0-1231 del 10 de agosto de 2012, también tenía a cargo competencias relacionadas con la ordenación del gasto (trámites y procesos de selección y suscripción de contratos), que demostraban *“el control que se tiene sobre la administración, así como respecto de los funcionarios destinatarios de las políticas que se trazan, además que dirige y controla el funcionamiento de las demás dependencias que conforman la Dirección Nacional Administrativa y Financiera”*.

Sin embargo, a pesar de todo lo expuesto, concluyó que en el presente caso no se configuraba la inhabilidad, toda vez que el artículo 179 constitucional es enfático en prescribir que respecto de la prohibición que prevé el numeral 5° de dicha disposición (que se invoca como sustento de la demanda), la circunscripción nacional no coincide con la territorial.

Que entonces, no está llamado a prosperar el cargo de nulidad de la elección, por cuanto en el sub examine no está demostrado que la autoridad civil se hubiese ejercido en el departamento en la medida en que el cargo de Director Administrativo y Financiero es del orden nacional.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.-

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 149 del C.P.A.C.A.³, esta Sala es competente para conocer en

³ ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad

única instancia de la demanda contra el acto de elección del señor Arturo Yepes Alzate como Representante a la Cámara por el Departamento de Caldas, periodo 2014-2018.

2. El acto acusado.-

Es el formulario E-26 CA del 17 de marzo de 2014, expedido por la respectiva Comisión Escrutadora Departamental⁴, en cuanto contiene la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Caldas para el período 2014-2018, entre ellos, el señor Arturo Yepes Alzate.

3. Estudio de fondo del asunto.-

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara por Caldas, porque infringió la prohibición que establece el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, que toda vez que, según el actor, al momento de la elección su sobrina (Marcela Yepes Gómez) se desempeñaba como Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, cargo en el que ejerció autoridad civil.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará fundado en las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y el concepto del Ministerio Público.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala **tratará los requisitos de configuración de la causal de inhabilidad que prevé el numeral 5° de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.**

De los requisitos de configuración de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-5 constitucional

El actor considera que en el asunto bajo examen, el elegido Representante a la Cámara incurrió en la inhabilidad que consagra el artículo 179 numeral 5° de la Constitución Política, que a la letra dice:

“Artículo 179.- No podrán ser congresistas:

.....

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. (...)”

del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.” (Subrayas fuera de texto)

⁴ Folios 47-62.

(...)

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5°

En reiterada jurisprudencia de esta Corporación⁵ se ha dicho que para que se entienda configurada la causal de inhabilidad prevista en la norma en comento, es necesario que se verifiquen los siguientes presupuestos:

- a. Que exista un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.
- b. Que el vínculo sea con un funcionario que ejerza autoridad civil o política.
- c. Que el ejercicio de esa autoridad tenga lugar en la respectiva circunscripción electoral y cuando menos el día de las elecciones.

Al respecto, la Sala pone de presente que en el presente caso se tiene lo siguiente:

I. A folios 29 y 31 obran los registros civiles de nacimiento del señor Arturo Yepes Alzate y de la señora Marcela María Yepes Gómez.

Asimismo, a folio 30 obra la correspondiente partida de bautismo del señor Omar Yepes Alzate - hermano del demandado-, que constituye plena prueba de su estado civil, pues esta se originó con anterioridad a la Ley 92 de 1938 (el señor Omar Yepes Alzate nació en 1937). Por tanto, hace parte de aquellas pruebas que se denominaban supletorias, las cuales en los términos de la citada disposición conservan todo su valor.

Por tal razón, ha sido posición reiterada (entre otras ver sentencia T-584 de 1992) que en dichos casos el acto de registro del estado civil surge en la partida de bautismo, sin necesidad de una posterior participación del Estado.

Estos documentos demuestran que entre la señora Marcela María Yepes Gómez y el señor Arturo Yepes Alzate existen un vínculo de consanguinidad en tercer grado, puesto que ésta última es hija del señor Omar Yepes Alzate, hermano del demandado.

II. Así mismo, a folio 508 del expediente obra certificación del Director Nacional de Apoyo a la Gestión en la que consta que la señora María Marcela Yepes Gómez, al momento de la elección del demandado como Representante a la Cámara por Caldas, se desempeñaba como Directora Nacional Administrativa y Financiera de dicha entidad.

⁵ Entre otras ver, sentencia del 19 de febrero de 2015. Exp. 2014-00045. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

III. Pese a que los anteriores presupuestos se encuentran plenamente demostrados, es lo cierto que en el sub examine no está presente el elemento relativo al ejercicio de autoridad civil, circunstancia que impide la configuración de la causal que prevé el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política.

A fin de sustentar tal conclusión, la Sala considera pertinente resaltar que ha sido jurisprudencia reiterada⁶ de la Sección Quinta del Consejo de Estado que en el trámite del proceso de nulidad electoral, como consecuencia **del principio de justicia rogada** que rige la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ningún momento le es permitido al juez tener en cuenta para decidir, disposiciones legales o constitucionales diferentes a las citadas por el accionante o conceptos de violación de la norma superior distintos a los expresados en el libelo.

Que, en efecto, "el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo significa que ésta no puede actuar de oficio, sino que su actividad se desarrolla únicamente cuando los particulares acuden a ella en ejercicio de las acciones de origen constitucional y legal existentes en el ordenamiento jurídico. Pero no cualquier petición tiene la virtualidad de dar inicio a un proceso. Todo lo contrario, una vez un particular se convierte en demandante de una causa litigiosa ante esta jurisdicción, queda obligado a presentar la demanda en la forma en que las normas de procedimiento lo han prescrito. De manera que el actor de un proceso contencioso administrativo tiene la importante carga de orientar la labor del juez, que resulta satisfecha si la demanda reúne los presupuestos descritos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, especialmente el relacionado con la indicación de "Los fundamentos de derecho de las pretensiones" que, en tratándose de la impugnación de actos administrativos, precisa la indicación de las normas violadas y la explicación del concepto de su violación⁷". (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

En el presente caso, como se expuso en líneas anteriores, el señor Rodrigo Becerra Angarita edificó la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 constitucional bajo el supuesto que la sobrina del demandado, en su condición de Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, ejerció autoridad civil de acuerdo con el artículo 44 del Decreto 261 de 2000, por el cual se modificó la estructura de dicha entidad.

En efecto, a folios 4, 5, 7 y 8 de la demanda transcribió las funciones que según las voces de la citada disposición, se predicen de la Dirección Nacional Administrativa y Financiera. Incluso resaltó que tal Dirección tiene a cargo, entre otras competencias, "i)

⁶ Entre otras ver, Consejo de Estado, Sección Quinta. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia del 20 de enero de 2006. Exp. 15001-23-31-000-2004-00453-02 -(3836), Consejo de Estado, Sección Quinta. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Sentencia del 5 de febrero de 2004 Exp. 47001-23-31-000-2002-0373-01 (2960)

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia del 20 de enero de 2006. Exp. 15001-23-31-000-2004-00453-02 -(3836)

dirigir y controlar los procesos administrativos, informáticos y financieros de la entidad en todos los niveles, ii) evaluar y ejercer el seguimiento y control a la gestión realizada por las Direcciones Seccionales Administrativas y Financieras, iii) orientar y controlar la administración de las sedes de la Fiscalía General, iv) responder por la organización operativa y el control de las actividades relacionadas con la administración de los bienes patrimoniales y de aquellos bienes puestos a disposición de la entidad y garantizar su conservación”.

Ahora bien, partiendo de tal formulación de cargos, según el acta que obra a folios 492-502, la Magistrada Ponente en la celebración de la audiencia inicial que prevé el artículo 283 y que tuvo lugar el día 15 de octubre de 2014⁸, procedió a fijar el objeto del litigio en los siguientes términos:

“(…)

[el objeto del litigio] consiste en establecer si resulta probado o no que el demandado (Arturo Yepes Alzate) estaba inhabilitado para ser congresista, según las voces del numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, en el sentido de que existe un vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad con la señora Marcela María Yepes Gómez (hija del señor Omar Yepes Alzate, hermano del demandado). Y si al momento de la elección ostentaba el cargo de Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación y si en dicho cargo en el cual ejerció autoridad civil, en los términos del artículo 188 de la Ley 136 de 1994 y del Decreto No. 261 de 2000 por el cual “se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.”

De antemano, se aclara que es irrelevante establecer un posible ejercicio de autoridad administrativa, pues esta forma de autoridad no está prevista como prohibición en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política en la medida en que dicha disposición sólo hace referencia al ejercicio de autoridad civil y política”.

El señor Henry Armando Gómez Tamayo coadyuva dichas pretensiones.

El demandado se opone a la pretensión de nulidad de su elección y a los argumentos que la sustentan, oposición que es respaldada por el señor Guillermo Francisco Reyes González.

En los términos anteriores se fija el objeto del litigio”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Dicha decisión se notificó por estrados ante lo cual el demandante hizo una aclaración únicamente en el sentido de que se precisara que el cargo que ocupó la señora Yepes Alzate efectivamente es el de Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía, mas no Directora Seccional.

Por su parte, el apoderado del demandado solicitó que en la misma fijación del litigio se señalara que el análisis de la configuración de la autoridad civil quedaría específicamente circunscrito a lo que prevé el Decreto 261 de 2000, que es la disposición que se cita en la demanda como sustento de la presencia de dicha clase de autoridad.

Ante tal petición, la Magistrada Ponente, además de precisar los puntos objeto de la fijación del litigio, hizo énfasis en que el ejercicio de autoridad civil respecto del cargo de Directora Nacional Administrativa y Financiera, se revisaría con fundamento en la definición que trae el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 de esa modalidad de autoridad y de acuerdo con el Decreto 261 de 2000 (por el cual se modificó la estructura de la Fiscalía General de la Nación), que es la norma en la cual se sustenta el concepto de violación en lo que tiene que ver con el factor funcional.

En concreto, del audio de la referida diligencia, se tiene lo siguiente:

“(…) El señor apoderado del demandado tiene la palabra”

Interviene el señor apoderado del demandado:

“Honorable Magistrada muchas gracias y también digamos para tener aquí una claridad y es que respecto a la fijación del litigio y para establecer la autoridad civil, no sé si lo entendí bien pero la misma debería estar circunscrita a lo previsto en el Decreto 261 del año 2000; que es el que cita la parte demandante puntualmente el artículo 44 y 45 que son las funciones que allí se establecen para de ellas concluir que con el ejercicio de las mismas la doctora Marcela Yepes ejercía autoridad civil. Simplemente es para que digamos que dentro de la fijación del litigio quede claro dentro de lo que también planteó la parte demandante como sustento para establecer y definir que son en esas funciones de ese cargo en las cuales ejerce autoridad civil; puntualmente en las de ese cargo tal como además lo ha establecido en el Consejo de Estado en su jurisprudencia que para definir y poder establecer si en el ejercicio de unas funciones se ejerce o no autoridad civil, pues se debe ir puntualmente a las funciones del cargo que ejerce la persona. Muchas gracias”.

8 Folios 492-502.

Intervención de la Consejera Ponente

*“Gracias al señor apoderado del demandado. Cuando expuse cómo se fijaba el litigio mencioné tres aspectos y estos corresponden, lo reitero, a lo siguiente: lo primero establecer si la doctora Marcela María Yepes Gómez ciertamente es sobrina del demandado; segundo si para el momento de la elección del doctor Yepes Alzate la doctora Marcela María Yepes Gómez – su sobrina en el evento de estar acreditado ello- ejercía el cargo de Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación y como tercero si en dicho cargo ella - o más bien el ejercicio de ese cargo- el desempeño del cargo le comportaba autoridad civil y para determinarlo se revisaría, se establecería ello con fundamento en el referente de la definición de autoridad civil que se desprende del artículo 188 de la Ley 136 de 1994, que es para servidores del orden territorial. Por eso digo que como un referente de donde la jurisprudencia ha partido para la conceptualización de qué es autoridad civil se ha apoyado en él como referente porque es una norma para el orden territorial y con **fundamento en el Decreto 261 de 2000 que es el que modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones en base al cual la demanda sustenta el concepto de violación, o sea por el factor funcional –por el factor funcional- entonces en esos términos aclaro o preciso el concepto de violación”.***

De acuerdo con lo anterior, a juicio de la Sala, no cabe la menor duda que en el presente caso en lo que tiene que ver con el ejercicio de autoridad civil, el estudio sólo puede realizarse con base en las disposiciones que el demandante expresamente señaló como sustento de la demanda de nulidad electoral, respecto de las cuales se **fijó el litigio** en la audiencia inicial y que, valga la pena aclarar, no fueron objeto de reparo alguno por parte del demandante.

Se resalta que la fijación del litigio, como figura novedosa del CPACA, consiste en un acto del juez encaminado a hacer más eficiente su labor en el sentido de concretar los hechos que deben ser probados así como aquellos puntos que son, en realidad, objeto de debate dentro del proceso contencioso.

Asimismo, también constituye una herramienta que delimita tanto las actuaciones del juez como de las partes, pues el proceso y, por consiguiente, la respectiva decisión judicial no podrán versar sobre aspectos que no hicieron expresa y puntualmente parte de tal fijación.

Bajo esta óptica, es claro que en dicho trámite procesal no sólo se ubica o circunscribe el debate, sino que también se convierte en una garantía del debido proceso del demandado y de la entidad que produjo el acto de elección a fin de ejercer el correspondiente derecho de defensa y de contradicción

respecto de los aspectos que efectivamente fueron objeto de fijación del litigio.

Ahora bien, como correctamente lo puso de presente el agente del Ministerio Público, el Decreto Ley No. 261 de 2000 -a partir del cual el actor pretende demostrar el ejercicio de autoridad civil por parte de la sobrina del demandado- fue derogado expresamente por el artículo 79 de la Ley 938 de 2004, normativa que, a su vez, el Decreto Ley 16 de 2014 derogó parcialmente.

En efecto, la Ley 938 de 2004 (publicada en el diario oficial 45778), por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, en el artículo 79 dispuso:

*“(…) **Artículo 79. Vigencia.** La presente ley tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 2699 de 1991, el Decreto Ley 261 de 2000 y las demás disposiciones que le sean contrarias”.*

Dentro de este contexto, es claro que en caso concreto el concepto de la violación no se planteó de forma acertada por parte del demandante, pues pretendió configurar el ejercicio de autoridad civil de la demandada a partir del análisis de las funciones que un estatuto que ya no rige: el Decreto Ley 261 de 2000, asignaba al cargo de Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía, funciones por lo tanto derogadas.

Debido a tal circunstancia y en la medida en que fijado el litigio, los términos de la determinación del problema jurídico por resolver circunscriben el alcance del examen del concepto de violación que el juez lleve a cabo, en principio desde una perspectiva estricta, no resultaría viable que el juez electoral oficiosamente dé paso a efectuar la confrontación para establecer la existencia o no de autoridad civil con fundamento en la normativa vigente contentiva de las funciones asignadas al empleo en cuestión.

Sin embargo, como la Sala insiste en que al concepto de la violación y al punto litigioso por resolver debe dársele el entendimiento de que radica en establecer si el desempeño del empleo “Directora Nacional Administrativa y Financiera de la Fiscalía”, por parte de la sobrina del demandado, comporta atribuciones o competencias que desarrollan autoridad civil, entonces para determinarlo, se impone que el juez acuda al aspecto funcional del empleo, consultando las facultades de que está investido por cuenta de las que se le asignen en el correspondiente Decreto que las rijan.

Así, es el artículo 37 del Decreto Ley No. 16 de 2014, que entró en vigencia el 9 de enero de 2014 y que, en particular, dejó sin efecto la disposición de la Ley 938 de 2004 que regulaba las funciones del cargo de Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía, el que cambió la denominación de dicho cargo por la de “Director Nacional de Apoyo a la Gestión,” y le asignó las siguientes funciones:

“ARTICULO 37. DIRECCION NACIONAL DE APOYO A LA GESTION.

La Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión cumplirá las siguientes funciones:

1. Asistir al Fiscal General de la Nación en la determinación de las políticas, objetivos y estrategias relacionadas con la administración de la Entidad.

2. Dirigir controlar y evaluar la ejecución de los programas y actividades relacionadas con los asuntos financieros y contables, gestión del talento humano, contratación pública, tecnologías de la información y de las comunicaciones, bienes, soporte técnico informático, servicios administrativos, carrera administrativa, gestión documental, correspondencia y notificaciones de la entidad.

3. Impartir los lineamientos, directrices, interpretaciones, orientaciones, herramientas y procedimientos que en materia de gestión administrativa deben cumplir las Direcciones y Subdirecciones Seccionales.

4. Gestionar la consecución de recursos ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, para el desarrollo de los planes, programas y proyectos institucionales.

5. Presentar el anteproyecto anual de presupuesto, en coordinación con la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación.

6. Impartir las instrucciones para el seguimiento a la ejecución de los recursos asignados a los proyectos de inversión y para la formulación y seguimiento de proyectos de funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

7. Formular los lineamientos para la ejecución de planes, programas y demás acciones relacionadas con la gestión presupuestal, contable y de tesorería de la Fiscalía General de la Nación.

8. Presentar los estados contables y de ejecución de presupuesto de la respectiva vigencia fiscal para la rendición de la cuenta anual e informes presupuestales ante las instancias competentes.

9. Coordinar la ejecución de los planes, programas, proyectos, procesos y actividades en materia de servicios generales y recursos físicos y el suministro oportuno y eficiente de los mismos para el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

10. Trazar las políticas y programas de administración de personal, bienestar social, selección, registro y control, capacitación, incentivos y desarrollo del talento humano y dirigir su gestión.

11. Asesorar al Fiscal General de la Nación en la adopción e implementación de modelos de gestión, de administración y de evaluación de personal; así como en la política de estímulos de los servidores de la entidad.

12. Dirigir y controlar las actividades y procesos de contratación administrativa, y suscribir los actos y contratos requeridos para el buen funcionamiento de la entidad.

13. Aprobar el Plan Anual, de Adquisiciones de la entidad, de acuerdo con la planeación presupuestal adoptada por la entidad, e impartir las directrices y los lineamientos para su ejecución.

14. Dirigir y controlar la administración de bienes patrimoniales, incautados o puestos a disposición de la entidad y garantizar su conservación.

15. Impartir los lineamientos para apoyar el cumplimiento de las funciones de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación.

16. Elaborar e implementar los planes operativos anuales en el ámbito de su competencia, de acuerdo con la metodología diseñada por la Subdirección de Planeación.

17. Aplicar las directrices y lineamientos del Sistema de Gestión Integral de la Fiscalía General de la Nación.

18. Las demás que le sean asignadas por la ley o delegadas por el Fiscal General de la Nación”.

De acuerdo con lo expuesto, a juicio de la Sala es evidente que si bien estas competencias pueden implicar ejercicio de **autoridad administrativa** - la cual es irrelevante establecer para el caso concreto de la inhabilidad endilgada-, es lo cierto que ninguna de ellas representan autoridad civil o política que son las modalidades que exige el artículo 179-5 constitucional a fin de que se configure la inhabilidad en cuestión.

Se resalta que de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación⁹ la autoridad civil consiste en la potestad para producir el ejercicio de actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir sobre los ciudadanos y la comunidad en general, con posibilidad incluso de compulsión o de coerción por la fuerza. Son expresión exógena de la autoridad.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-00287-00- CP Enrique Gil Botero, reiterado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de febrero de 2011, exp. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- CP Enrique Gil Botero.

En otras palabras, *"la autoridad civil implica la posibilidad de tomar decisiones en materia de policía administrativa, materializadas en actos administrativos, y de hacerlas cumplir incluso en contra de la voluntad de los destinatarios"*¹⁰

Dentro de estos parámetros, no cabe duda de que ninguna de las funciones que tiene atribuidas el empleo de Directora Nacional de Apoyo a la Gestión comporta ejercicio de autoridad civil, pues carece de la potestad autónoma y propia para desplegar actos de poder y mando obligatorios de acatamiento por los habitantes del Departamento de Caldas. Es decir, en el desarrollo de su cargo no detentó función de policía administrativa alguna. No tenía competencia para dictar *"actos de autoridad"*, que denoten en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos.

Las anteriores son razones suficientes para concluir que, ante la falta de acreditación del ejercicio de autoridad civil por parte de la señora María Marcela Yepes Gómez como Directora Nacional y Administrativa de la Fiscalía General de la Nación, no existe configuración de la causal de inhabilidad que invoca por la parte actora.

Por consiguiente, lo que se impone, es desestimar las pretensiones de la demanda.

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:

Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral que interpuso el señor Rodrigo Becerra Angarita.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Lucy Jeannette Bermudez Bermudez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

¹⁰ Ver sentencia del 11 de febrero de 2015. Exp. 2014-00045. M.P. Alberto Yepes.

**INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA
– Quien como empleado público haya ejercido
autoridad dentro de los doce meses anteriores a
la elección / INHABILIDAD POR EJERCICIO DE
AUTORIDAD – Presupuestos para que se configure
/ INHABILIDAD POR EJERCICIO DE AUTORIDAD
– Desempeñó como secretaria privada de la
Gobernación del Huila**

El actor plantea que la elección como Representante a la Cámara de la señora Flora Perdomo es nula porque a su juicio incurrió en la causal que contempla el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política. El actor alega que la elegida incurre en la causal invocada porque en su condición de “Secretaria Privada” de la Gobernación del Huila, empleo que desempeñó entre el 1° de mayo y hasta el 6 de septiembre de 2013, ejerció autoridad política y administrativa, predicable del desempeño de las funciones que le fueron asignadas a dicho cargo. En específico, reitera el ejercicio de funciones “realidad”, que dice realizó como integrante del Gabinete Departamental, hecho que asegura reconoció la demandada en su acto de renuncia. La inhabilidad para ser elegido congresista por razón del numeral 2 del artículo 179 de la Carta Política, según la alegación del actor, impone que concurren los siguientes supuestos, así: i) ejercicio como empleado público; ii) que el funcionario haya ejercido autoridad política o administrativa, iii) que esta haya sido ejercida dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección y iv) que el ejercicio de autoridad que se predica, se desarrolle en la circunscripción territorial por la cual la candidata aspiró a ser elegida Representante a la Cámara.

Identificadas las premisas cuya presencia en el sub exámine se requieren para dar por probada la inhabilidad, se tiene que: Respecto del primero de los elementos de la inhabilidad es claro que la demandada se desempeñó como empleada pública, por cuanto estuvo vinculada mediante una relación legal y reglamentaria con la Gobernación del Huila. Para el ejercicio del cargo fue nombrada mediante Decreto 0742 de 2013 y tomó posesión el 26 de abril pero con efectos fiscales a partir del 1° de mayo de 2013. Frente al ejercicio de autoridad política y administrativa. Según certificación sobre la estructura orgánica a la que pertenecen las “Secretarías de Despacho” que integran la administración central del departamento del Huila ninguna se identificó como “Secretaría Privada”. Las Secretarías de Despacho que integran el gobierno departamental son ocho y se identifican así: i) Gobierno y Desarrollo Comunitario, ii) Hacienda, iii) Agricultura y Minería, iv) Salud, v) Educación, vi) Vías e Infraestructura vii) Cultura y turismo y viii) General. Tampoco por las funciones atribuidas al cargo de Asesor, código 105, grado 04, tal y como aparecen señaladas en el manual es predicable que alguna de ellas comporte autoridad administrativa. Para la Sala, estas consideraciones son razón suficiente que hacen innecesario analizar los demás elementos para que se configure la inhabilidad, pues no logró demostrarse ni bajo el criterio orgánico ni frente al funcional, el ejercicio de autoridad administrativa. Entonces, como no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, se impone negar las pretensiones de la demanda.

Fuente formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 2

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001–03–28–000–2014–00022–00

Actor: Wilfrand Cuenca Zuleta

Demandado: Representante a la Cámara por el departamento del Huila

Luego de agotadas las etapas procesales correspondientes, procede la Sala a decidir la demanda presentada por el señor Wilfrand Cuenca Zuleta dirigida a obtener la nulidad del Acta de Escrutinio – Formulario E–26 CAM que declaró la elección de la señora Flora Perdomo Andrade como Representante a la Cámara del Departamento del Huila para el período constitucional 2014 – 2018.

ANTECEDENTES

La demanda

La presentó el señor Wilfrand Cuenca Zuleta en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, contra el acto de elección de la Representante a la Cámara por el Departamento del Huila, señora Flora Perdomo Andrade de quien predica se encuentra incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 2 del artículo 179 superior, porque asegura que ejerció autoridad política y administrativa, doce (12) meses antes de su elección como Representante a la Cámara por ese departamento, cuando se desempeñó como “secretaria privada” de la Gobernación del Huila.

Fijación del litigio

De conformidad con la demanda planteada por el actor, la Conductora de este proceso señaló en la audiencia inicial celebrada el 27 de octubre de 2014, luego de haber saneado el trámite, que el problema jurídico a resolver recaería en los siguientes términos:

“Si la elegida incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 275 numeral 5 del CPACA, en razón a que dentro del año anterior a su elección ejerció como “Asesor Código 105, Grado 04 – Secretario Privado dependiente del despacho Gobernador del Departamento del Huila” y en el desarrollo de dicho cargo, alude el demandante, ejerció autoridad política y administrativa, pues considera que el empleo que ocupó la demandada, integra el gabinete departamental”.

Notificada esta decisión y en razón a los planteamientos esgrimidos por el actor, la Conductora aceptó extender el análisis en los siguientes términos:

“[...] es necesario examinar si hubo ejercicio de esas funciones realidad que alega el señor demandante ejerció la elegida.”

Fundamentos de hecho

Para resolver el problema jurídico sobre el cual recae la demanda, es preciso traer a colación los hechos en que se fundó el actor y que son relevantes para la decisión que corresponde adoptar, así:

Expresa que la señora Flora Perdomo Andrade fue inscrita por el movimiento “Por Un Huila Mejor” para los comicios celebrados el 9 de marzo de 2014 y resultó elegida Representante a la Cámara por el departamento del Huila, según consta en el formulario E – 26.

Alega que la inscripción de la elegida ocurrió de manera ilegal en razón a que en su condición de exfuncionaria del departamento del Huila ocupó el cargo de “secretario privado” dependiente del Despacho del Gobernador del Huila.

Indica que fue nombrada en dicho cargo, que se denomina: “Asesor Código 105, grado 04 – Secretario Privado” por el Decreto 0742 del 18 de abril de 2013 y con fundamento en éste se posesionó.

Que en desarrollo de las atribuciones de dicho empleo ejerció “autoridad política y administrativa conforme se desprende de las funciones asignadas y en realidad ejercidas como segunda al mando después del señor Gobernador del Departamento del Huila”.

Estima el actor que la demandada tenía la obligación constitucional y legal de renunciar 12 meses antes de la fecha en que se produjo la elección, esto es, el 8 de marzo de 2013. Que ello no ocurrió porque se posesionó el 18 de abril de 2013¹ y renunció el 6 de septiembre de 2013, al cargo que ocupó en la Gobernación del Huila.

Que debe valorarse que la demandada en su renuncia manifestó lo siguiente: “(...) le agradezco el voto de confianza depositado para formar parte del Gabinete Departamental”.

Considera que sin “más miramientos” la causal de inhabilidad está demostrada. Que basta observar las funciones asignadas y con tal propósito aportó copia del manual de funciones.

Concepto de la violación

El planteamiento que soporta la alegación que constituyó la fijación del litigio por la presunta transgresión del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, se circunscribe a:

¹ Esta manifestación se hace al folio 5 del expediente. Más adelante se corroborará si corresponde a la fecha en que se acredita ocurrió la posesión.

Estima que la elegida se encuentra incurso en dicha causal porque de acuerdo con las funciones asignadas y aquellas “realidad” que aceptó la demandada al momento de presentar su renuncia, es clara su pertenencia al Gabinete Departamental.

Insiste en que sin “más miramiento” está demostrada la causal de inhabilidad constitucional que le impedía resultar elegida como congresista, pues basta revisar las “funciones asignadas” para de ellas determinar que tuvo a su cargo las siguientes:

“[...] “diseñar e implementar un soporte al gobernador para la preparación y cobranza de cuentas por desempeño que deba realizar el gobernador”, “Coordinar con las Secretarías y Entidades del Departamento, el cumplimiento de compromisos según contratos, convenios, documentos o escritos elaborados y proyectados para la firma del gobernador”, “supervisar la agenda de compromiso del Gobernador y realizar procesamiento técnico político de solicitudes según competencias”, “dar reporte al Gobernador para la toma de decisiones en los asuntos de su competencia” entre otras funciones, según las funciones realidad contenidas en el manual de funciones ejerce autoridad administrativa y política el secretario privado del despacho del Gobernador, la entonces funcionaria pública FLORA PERDOMO ANDRADE como segundo al mando después del gobernador”.

Que al estar incurso en el régimen de inhabilidades incurre en la violación directa del artículo 4° de la Constitución Política, que dispone que es: “[...] deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la constitución y las leyes [...]”.

Afirma que al aceptar la postulación a las elecciones del 9 de marzo de 2014, es manifiesta la infracción a las normas de orden superior contenidas en el numeral 2 del artículo 179 Constitucional y numeral 5 del artículo 275 y 137 del CPACA, artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Que era su deber “al menos leer” si cumplía o no los requisitos para hacerse elegir congresista.

Que la demandada desconoció abiertamente la Constitución y las leyes, en especial, el régimen de inhabilidades contemplado en el artículo 275 numeral 5 del CPACA como causal de nulidad de los actos de elección.

Agrega que además surgen otras violaciones y el demandante las hace radicar en que no se cumplieron los requisitos previstos en el manual de funciones para el ejercicio del cargo como “secretario privado del departamento del Huila”, pues la profesión que acreditó fue la de “pedagoga” y no corresponde a los requisitos que se exigen por el manual de funciones.

Trámite y audiencias

La admisión de la demanda

De manera previa a resolver sobre la admisión de la demanda, por auto del 27 de mayo de 2014² se ordenó corregir el escrito

² Folios 71 –73 del expediente.

a efectos de que el demandante individualizara con precisión el acto acusado, por cuanto se le indicó que el acta de escrutinios no contiene la declaratoria de elección contra la que se opone. También se le impuso aportar original o copia del acto acusado que tuviera en su poder y señalar el lugar donde la demandada recibiría las notificaciones.

Por auto del 17 de julio de 2014³ se aceptó el impedimento manifestado por el doctor Alberto Yepes Barreiro, previo sorteo de conjueces a efectos de tomar esta decisión.

El demandante corrigió los defectos señalados en el auto de corrección y en razón a ello, la Sala integrada por conjuez admitió la acción y ordenó la notificación a la demanda por aviso en razón a la manifestación del actor de desconocer su dirección. También se ordenó la notificación personal de esta decisión al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Ministerio Público⁴. La solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado se negó y contra esta decisión el actor presentó recurso de reposición, decidido por auto del 8 de octubre de 2014, en el sentido de no reponerla.

Durante el término de contestación la demandada acudió en tiempo a manifestarse sobre el libelo interpuesto en contra del acto de elección. También la Registraduría Nacional del Estado Civil por intermedio de apoderada contestó la demanda, en virtud de la notificación que le hiciera la Secretaría de la Sección Quinta⁵.

5.2 De la audiencia inicial

Por auto del 8 de octubre de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas se dispuso señalar la fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora del proceso se pronunció frente a: i) El saneamiento del trámite. Con tal fin se dispuso la desvinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por cuanto la notificación realizada por el Secretario de la Sección no estuvo precedida de orden judicial, ii) Se determinó que la pretensión se circunscribiría al examen de constitucionalidad y de legalidad del acto acusado, pues los efectos de la anulación están definidos en el artículo 288 del CPACA; iii) Se fijó el litigio en los términos antes planteados, y iv) Se decretaron las pruebas solicitadas por el demandante, entre estas la documental pedida y los testimonios requeridos con el fin de acreditar “las funciones realidad” que presuntamente ejerció la demandada.

Contra la decisión de acceder a las declaraciones solicitadas el apoderado de la demandada ejerció recurso de reposición, la ponente resolvió no reponer el decreto de esta prueba.

³ Folios 150 – 154 del expediente.

⁴ Folios 168 –182 del expediente.

⁵ Folios 204–205. Notificaciones 3176 y 3180.

Audiencia de práctica de pruebas

Por auto del 13 de enero de 2014⁶, se citó a esta audiencia en la que se dispuso la recepción de los testimonios decretados. Con tal fin se señaló la hora en que se deberían rendir las declaraciones y se le pidió al interesado en esta prueba que en los términos del artículo 217 del C. G. P., debía procurar la comparecencia de los testigos.

Llegada la fecha y hora para dar inicio de esta diligencia, el 11 de febrero de 2015, la conductora se constituyó en audiencia con el propósito de recibir las declaraciones decretadas. De los ocho (8) declarantes solo acudió oportunamente la señora Cielo González Villa, previa citación a deponer sobre los hechos objeto de la demanda. Los demás testigos no se hicieron presentes, por tal motivo, y en aplicación del artículo 218 del C. G. P. la Conductora del proceso prescindió de tales testimonios.

En relación con la prueba documental que se decretó señaló la Ponente que se le daría el valor asignado por la ley.

Frente a la solicitud de prueba para “mejor proveer” elevada por el actor, indicó que la facultad de decretarla le corresponde al juez de manera oficiosa al momento de fallo, si lo considera necesario, no por petición de parte.

De las alegaciones

Por auto del 11 de marzo de 2015, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión. También se dispuso que en igual término el representante del Ministerio Público podía presentar su concepto.

Durante dicho término partes a quienes se les notificó por estado la decisión, se pronunciaron como sigue:

El actor

Mediante escrito visible a los folios 522 a 529 del expediente el actor se reitera en los planteamientos de su demanda. Hace alusión a los términos de la fijación del litigio y se refiere en materia probatoria a la Resolución N° 0089 de marzo 16 de 2006, para concluir lo siguiente:

“[...] En tales circunstancias, el cargo desempeñado por Flora Perdomo Andrade, en las condiciones de: modo, tiempo y lugar indicados en la demanda y probados en el expediente, es cuando adquiere trascendencia que traspasa las fronteras de las funciones señaladas en el respectivo ordenamiento jurídico, para mutar a la función realidad, fruto de la delegación tácita de funciones, esto es ir más allá de la labor inicialmente encomendada, valga decir de alguna manera equivale a advertir que el señor Gobernador, administraba en su quehacer diario, en el más amplio sentido del término, a través de su Secretaria

⁶ Folios 408 –409 del expediente.

Privada, no solo en las decisiones administrativas, sino en las decisiones políticas que le encomendaba y/o por reglamento le corresponden.

Este hecho se muestra probado, a más de la Resolución N° 0089 de marzo 16 de 2006, por las concluyentes y atinadas observaciones que la doctora Cielo González Villa en su condición de ex Gobernadora del Huila, rindió en declaración juramentada ante el Despacho de la H. Consejera Ponente [...]”.

El apoderado de la demandada

Según escrito visible a los folios 556 a 568, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto estima que no se incurre en los supuestos fácticos que estructuran la inhabilidad alegada.

Dice que el demandante alegó que la señora Perdomo Andrade durante los 12 meses previos a su elección y cuando se desempeñó como la “SEGUNDA AL MANDO, tom[ó] toda clases de decisiones”; sin embargo, estas afirmaciones debió probarlas, y no lo hizo.

Que no es cierto que haya desempeñado un cargo de “Secretario de Despacho”, pues el empleo que ejerció fue el de asesor del nivel directivo. Explicó que de las funciones encomendadas ninguna de las asignadas puede constituir el ejercicio de “poder de mando con la capacidad para alterar la igualdad en el debate electoral”.

En relación con las acreditaciones logradas con el testimonio rendido por la testigo Cielo González Villa señaló que: “[...] en concreto la declarante no dice nada sobre mi poderdante. Además, debe decirse que una cosa es transmitir las decisiones del gobernante y otra bien distinta tomar las decisiones. Del mismo modo, tanto la declarante como el actor confunden cercanía y confianza que pueda tener un gobernante en otro servidor público, con el poder de mando propiamente dicho. Por eso debemos ser enfáticos en señalar que, mayor confianza no significa el cumplimiento de funciones de dirección y decisión. [...]”.

En relación con los elementos que estructuran la causal, reitera lo expresado en la contestación de la demanda y refiere que la “simple denominación de un cargo no pueden equipararse ni mucho menos inferir que tienen las mismas atribuciones o funciones”.

El Consejo Nacional Electoral

Esta entidad que fue vinculada al proceso en su condición de autoridad que expidió el acto cuestionado concurrió únicamente hasta esta etapa procesal y, en relación con el debate que aquí se planteó, sostuvo que el empleo que desempeñó la demandada no llevó inmerso el ejercicio de autoridad política ni administrativa.

Que desde el punto de vista funcional no es posible asegurar que la demanda ejerció autoridad administrativa, por cuanto las “funciones de este empleo son de carácter asistencial y dependen del Despacho del Gobernador” y la revisión de contratos y convenios “no se catalogan de autoridad Administrativa”.

Con fundamento en sus argumentos estima que la demandada no transgredió el artículo 179 de la Constitución Política, numeral 2.

El Ministerio Público

El señor Procurador indica en su concepto que la pretensión de nulidad no está llamada a prosperar porque:

El cargo desempeñado por la señora Flora Perdomo Andrade no puede considerarse como comprendido en la noción de autoridad política por cuanto el desempeñado por la elegida representante se le ha dado en denominar “Secretaría Privada”, en razón a que no le corresponde cumplir funciones en las que se encuentre involucrado el manejo de los asuntos del departamento.

En relación con la autoridad administrativa y luego de referir a algunos antecedentes judiciales señaló que existen dos criterios para establecer si el desempeño de un cargo público implica su ejercicio y, que en el caso de la demandada no se desprende que tuviese a su cargo el ejercicio de esta autoridad.

Finalmente señaló en relación con la tesis de “función realidad” que esta no puede ser de recibo. Que para el caso habrá de demostrar que el empleado realizó funciones distintas a las propias y que las mismas son de las que entrañan el ejercicio de autoridad administrativa. Considera que salvo la expresa delegación, es “una desproporción pensar en un contrato que en nombre del departamento y sin acto de delegación lo suscriba el Asesor Código 105 grado 04 asignado al despacho del gobernador, o asuma funciones de ordenador del gasto o disponga un nombramiento, una insubsistencia, un traslado o una licencia, en fin, ejerza una cualquiera de las funciones que materializa la autoridad administrativa”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Esta Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3⁷ del artículo 149 del CPACA

7 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia.
El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)
3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades

y lo previsto en el artículo 13–4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁸.

El acto acusado

Lo constituye el formulario E–26 CAM generado por los delegados del Consejo Nacional Electoral el 19 de marzo de 2014, en cuanto declararon la elección como Representante a la Cámara por el Departamento del Huila de la señora Flora Perdomo Andrade, para el período 2014 – 2018.⁹

De la fijación del litigio

Como se anticipó se trata de definir si:

“Si la elegida incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 275 numeral 5, en razón a que dentro del año anterior a su elección ejerció como “Asesor Código 105, Grado 04 – Secretario Privado dependiente del despacho Gobernador del Departamento del Huila” y en el desarrollo de dicho cargo, alude el demandante, ejerció autoridad política y administrativa, pues considera que el empleo que ocupó la demandada, integra el gabinete departamental”.

Para determinar si se incurre en dicha causal es necesario examinar “[...] si hubo ejercicio de [...] funciones realidad que alega el señor demandante ejerció la elegida.”

De la decisión

4.1. La causal de inhabilidad alegada

El actor plantea que la elección como Representante a la Cámara de la señora Flora Perdomo es nula porque a su juicio incurrió en la causal que contempla el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, así:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...)

Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.”

Con fundamento en esta norma, la Sala hará mención de las pruebas que obran en el expediente, para luego abordar el análisis de cada uno de los elementos que estructuran la causal invocada.

De las pruebas que obran en el expediente

Conforme a las pruebas que se presentaron por las partes, demandante y demandada, se tiene que está probado que:

La demanda fue elegida representante a la Cámara por el departamento del Huila para el período 2014 – 2018, según consta en el formulario E–26 CAM, como candidata inscrita por el movimiento político “Por un Huila Mejor”.¹⁰

Según Decreto 0742 de 2013 “Por el cual se efectúan unos nombramientos” el Gobernador del Huila nombró a la señora Flora Perdomo Andrade “identificada con la cédula de ciudadanía N° 26.468.098 expedida en Neiva Huila, en el cargo de Asesor, código 105, grado 04, Secretario Privado, dependiente del despacho del Gobernador del Departamento del Huila”¹¹.

De dicho cargo se posesionó según acta N° 23 del 26 de abril de 2013, pero con efectos fiscales a partir del 1° de mayo de ese año¹².

Renunció a dicho cargo mediante escrito fechado del 6 de septiembre de 2013, en los siguientes términos:

“Por medio de la presente me permito presentar renuncia irrevocable al cargo de Asesor Código 105, Grado 04 – Secretaría Privada, dependiente de su Despacho, a partir de la fecha.

Le agradezco el voto de confianza depositado para formar parte del Gabinete Departamental.

Seguirá usted señor Gobernador, contado con mi lealtad, colaboración y amistad”.

Por Decreto 1470 del 6 de septiembre de 2013, se dispuso: “Aceptar la renuncia presentada por la doctora Flora Perdomo Andrade, identificada con cédula de ciudadanía N° 26.468.098 expedida en Neiva Huila, al cargo de Asesor, código 105, grado 04, dependiente del despacho del Gobernador”¹³.

En la Resolución N° 0089 de marzo 16 de 2006 “Por la cual se adopta el Manual de Funciones, Requisitos y competencias de los diferentes empleos de la Planta de Personal de la Administración Central del Departamento del Huila”¹⁴, frente al cargo desempeñado por la demandada se tiene que se identifica y son funciones esenciales, las siguientes:

públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

⁸ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

⁹ folio 145 del expediente.

¹⁰ Folio 89 del expediente.

¹¹ Folios 130 – 133.

¹² Folio 134.

¹³ Folio 136.

¹⁴ Folios 137–139.

Identificación	
Denominación del empleo	Asesor
Nivel	Asesor
Código:	105
Grado:	04
Número de cargos	
Dependencia	Despacho del gobernador
Cargo del jefe inmediato	Gobernador

Propósito principal
Asesorar y dar reporte al Gobernador para la toma de decisiones en los asuntos de su competencia y coordinar con las secretarías y entidades del Departamentos, el cumplimiento de compromisos según contratos y/o convenios suscritos.

Descripción de funciones esenciales
<p>Asesorar y dar reporte al Gobernador para la toma de decisiones en los asuntos de su competencia.</p> <p>Diseñar e implementar un filtro que impida que la agenda del Gobernador se sobre cargue con problemas no procesados.</p> <p>Diseñar e implementar un soporte al Gobernador para la preparación y cobranza de cuentas por desempeño que debe realizar el gobernador.</p> <p>Coordinar, Supervisar y brindar soporte al Gobernador y a los delegatarios de la contratación en la Administración central.</p> <p>Coordinar con las secretarías y entidades del Departamento, el cumplimiento de compromisos según contratos y/o convenios suscritos.</p> <p>Elaborar informes ante las diferentes instancias sobre la ejecución de recursos asignados al despacho.</p> <p>Supervisar la agenda de compromiso del Gobernador y realizar procesamiento técnico político de solicitudes según competencias.</p> <p>Revisar los contratos, convenios, documentos o escritos elaborados y proyectados para la firma del Gobernador.</p> <p>Programar diariamente la atención del público que solicita audiencia con el Gobernador con el fin de evitar la saturación de su agenda.</p> <p>Desarrollar las demás funciones asignadas por quien ejerza la supervisión directa de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.</p>

Obra constancia expedida por el Secretario General de la Gobernación del Huila en relación con el tiempo de servicio que fungió como Asesor Código 105, Grado 04, dependiente del Despacho del Gobernador entre el 1° de mayo de 2013 hasta el 6 de septiembre de 2013¹⁵. Se certifican como funciones desarrolladas por la demandante las contempladas

en la Resolución N° 0089 de marzo 16 de 2006. Decreto N° 1129 de 2012 "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto N° 1339 de 2008 que fija la planta de personal de la administración central del Departamento del Huila". En dicho artículo primero se establecen como cargos dependientes del Despacho de Gobernador, los siguientes:

Número de Cargos	Denominación	Código	Grado
1	Gobernador	001	01
2	Asesor	105	04
5	Asesor	105	02
3	Profesional Especializado	222	17
2	Profesional Universitario	219	06
2	Profesional Universitario	219	04
4	Auxiliar Administrativo	407	15
3	Secretario Ejecutivo	430	22
5	Conductor	480	10

15 Folio 281 del expediente.

Número de Cargos	Denominación	Código	Grado
27	TOTAL		

Y pertenecientes a la Planta Global, los siguientes:

Número de Cargos	Denominación	Código	Grado
8	Secretario de Despacho	020	03
3	Director de Departamento Administrativo	055	03
4	Jefe de Oficina Asesora	115	04
[...]			

Constancias¹⁶ expedidas por el Presidente de la Asamblea Departamental del Huila en la que se hace constar que la señora Flora Perdomo Andrade, asesora, código 105, grado 04, adscrita al despacho del gobernador entre el 1° de mayo y el 6 de septiembre de 2013, “jamás fue citada a debate de control político” y “no presentó proyecto de ordenanza en nombre del gobierno departamental”.

Formato Único de Hoja de vida¹⁷ remitida por la Gobernación del Huila, en el que se registran los datos personales, formación académica y experiencia laboral de la señora Flora Perdomo Andrade.

Constancia¹⁸ expedida por la Secretaria General de la Gobernación del Huila respecto de la composición orgánica de la administración central departamental, de acuerdo con la ordenanza N° 001 de 2012, así:

Despacho del Gobernador

Oficinas Asesoras

Oficina de Control Interno Disciplinario

Control Interno

Mujer, Infancia, adolescencia y asuntos sociales

Productividad y competitividad

Secretarías

Gobierno y Desarrollo Comunitario

Hacienda

Agricultura y Minería.

Salud

Educación

Vías e Infraestructura

Cultura y turismo

General

Departamentos Administrativos

Planeación

Jurídico

Contratación

Resolución N° 0089 de marzo 16 de 2006 “Por la cual se adopta el Manual de Funciones, Requisitos y competencias de los diferentes empleos de la Planta de Personal de la Administración Central del Departamento del Huila”¹⁹, relativa con la denominación y funciones esenciales que cumplen la Secretarías de Despacho²⁰.

Organigrama sobre la estructura orgánica de la administración central soportada en el Decreto 1338 de 2008 y Ordenanza 012 de 2012²¹.

Declaración rendida por la señora Cielo González Villa, que en sus apartes esenciales, mencionó:

“[...] Fui ex gobernadora del Huila, exalcaldesa de Neiva, exdiputada del Huila y ahora me dedico al litigo... a la representante Flora Perdomo por la actividad política también la conozco [...] la conozco porque era rectora de una institución educativa en Neiva [...] y trabajó por último en la Gobernación del Departamento del Huila”.

A la pregunta de la Magistrada Conductora de si tenía conocimiento de cuáles eran las funciones que en la práctica llevaba a cabo la dra. Flora Perdomo durante el período en el que se desempeñó al servicio de la gobernación, contestó:

16 Folios 319 y 320 del expediente.

17 Folios 377-379 del expediente.

18 Folio 380 del expediente.

19 Folios 137-139.

20 Folios 381-398.

21 Folio 399.

“[...] Yo puedo dar referencia y constancia de lo que normalmente hacían los secretarios privados, lo que hizo mi Secretario Privado durante mi gobierno, que era nombrado como asesor del Despacho, pero que tenía unas funciones específicas de Secretario Privado (...) pero específicamente que puedo decir cuáles eran las funciones en ese periodo, NO. Conozco y puedo hablar de lo que normalmente hace un Secretario Privado.

A la pregunta del actor respecto de si en el período en que se desempeñó como gobernadora del Departamento del Huila estuvo acompañada en su gestión administrativa, entre otros, por un funcionario público cuyo cargo se denomina Secretario Privado. Y de ser así que explicara cuáles eran las principales funciones que cumplía dicho funcionario, la testigo indicó:

“(…) La tradición y lo que siempre ha sucedido es que el Secretario Privado se ha denominado porque es la persona más cercana del gobernador, es la persona que está a lado de la puerta del gobernador. Que entra y sale todas las veces que quiera y que es la persona a la que se le consulta, a la que se le establecen una serie de tareas. Digamos que se denomina dentro de la planta de personal como asesor de Despacho [...] y creo que es la denominación y obviamente es el rango que ocupa el Secretario Privado dentro la institucionalidad, es más o menos como el segundo abordo.

Digamos internamente dentro de la gobernación a pesar de que hay unos Secretarios de Despachos, de hacienda, gobierno, educación. El Secretario privado por ser la mano derecha [...] del gobernador es la persona que imparte instrucciones, es la persona que reemplaza al gobernador en algunas ocasiones en las juntas directivas de los hospitales o empresas donde el Departamento sea socio y que tengan asiento y, obviamente, el secretario privado es la persona que se encarga de asumir unas funciones que directamente el gobierno le da, le delega, para que éste esté pendiente de los proyectos de los procesos es la persona que se encarga de hablar con los alcaldes, con las diferentes secretarías para que los proyectos funcionen, para que se realicen las diferentes inversiones. En mi época el Secretario Privado era la persona que hacía seguimiento a los consejos comunales sobre las obras y los compromisos adquiridos [...]

Es decir es la persona que de una u otra manera toma decisiones así no sea la ordenadora del gasto y así no sea una persona que tiene rango de Secretario de Despacho como el de educación y el de gobierno, pero es la persona más cercana al gobernante y cualquier instrucción que este Secretario dé a los demás Secretarios y cuando este Secretario llama a los alcaldes es una persona a la que se le cree en una persona que tiene ese poder de tomar decisiones en nombre del gobierno en nombre del gobernador, es la persona de confianza”.

Frente a la pregunta de si la Secretaría privada cumplía otra función de orden político o administrativo, señaló:

“No podría decir con certeza si la doctora Flora Perdomo realizó que funciones porque no estuve en el Huila en esos meses [...] lo único que puedo decir es que normalmente secretario privado o asesor del Despacho o como se quiera llamar, es la persona de más confianza del gobernante de turno y es la persona digamos que como desarrolla las actividades que el gobernador quiere que se hagan, es la persona que de una u otra manera imparte instrucciones, imparte directrices y es la persona que llega a un Despacho y obviamente es como si llegara el gobernante de turno. (...) tiene tanta envergadura el Secretario Privado que es el segundo abordo y una instrucción dada por él se entiende que fue dada por la del gobernador de turno”.

Del presunto ejercicio de autoridad política y administrativa por parte de quien ocupó el cargo de Asesor – Secretario privado del Gobernador del Huila

El actor alega que la elegida incurre en la causal invocada porque en su condición de “Secretaria Privada” de la Gobernación del Huila, empleo que desempeñó entre el 1° de mayo y hasta el 6 de septiembre de 2013, ejerció autoridad política y administrativa, predicable del desempeño de las funciones que le fueron asignadas a dicho cargo. En específico, reitera el ejercicio de funciones “realidad”, que dice realizó como integrante del Gabinete Departamental, hecho que asegura reconoció la demandada en su acto de renuncia.

Para resolver sobre el particular es del caso que esta Sala se detenga sobre el examen de los conceptos sobre la autoridad endilgada, para luego asumir el estudio de los elementos que configuran la causal. Lo anterior, previo examen de las circunstancias que están probadas en el expediente.

4.3.1 Conceptos de autoridad política y administrativa

La autoridad política se define por el artículo 189 *ibidem*, en los siguientes términos:

“Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

Mientras que la autoridad administrativa, que tiene sustento en la definición de dirección administrativa según el artículo 190 *ib.*²², se fija por dos criterios, uno orgánico, que representa

22 Artículo 190. Dirección Administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales. También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios

que el solo desempeño del cargo lleva implícito el ejercicio de dicha autoridad, dado el carácter o la naturaleza del mismo y, otro funcional, que impone el examen de las atribuciones que se le asignan al empleo, a efectos de determinar si comportan atribuciones tales como la: i) celebración de contratos, ii) ordenación del gasto, iii) autorización de comisiones y vacaciones, licencias a funcionarios, iv) nombramientos y v) investigaciones disciplinarias, entre otras.

Conforme a las disposiciones transcritas, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, y aquellos funcionarios que tienen similar autoridad en otros ordenes territoriales; así como los directivos de dichos entes, tal es el caso de los Secretarios de Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos que integran su gabinete.

La autoridad administrativa la ejercen los funcionarios que tengan a su cargo el ejercicio de las funciones que por su naturaleza implican mando o poder decisorio frente a los administrados.

Sobre el particular la jurisprudencia²³ identificó en el siguiente pronunciamiento tales conceptos y precisó:

“[...] Esta Corporación, en una providencia más reciente, reiteró algunas ideas de las que se vienen destacando – el concepto de autoridad, la relación de género a especie que existe entre la autoridad civil y la administrativa, el apoyo normativo que brinda el art. 188 de la ley 136–, pero agregó que la autoridad civil no sólo se ejerce sobre los ciudadanos, sino que tiene, además de esa expresión exógena, una manifestación endógena, es decir, el ejercicio, al interior de la propia administración, del poder de mando y dirección. Sobre el particular se puntualizó:

“Los referentes normativos más cercanos que se tienen en el ordenamiento jurídico para comprender los conceptos de autoridad civil, política o administrativa, y que pueden ser empleados por vía analógica, están dados por la Ley 136 del 2 de junio de 1994 ‘Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios’, donde el legislador previó: (...)

Como se logrará advertir, cada una de las modalidades de autoridad que tiene previstas la Ley 136 de 1994 viene caracterizada *POR EL PODER DE DECISIÓN QUE ALGUNOS FUNCIONARIOS, NO TODOS, DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA OSTENTAN PARA DISTINTOS FINES*; la regla general es que son pocos los empleados públicos a quienes sus funciones les permiten el ejercicio de autoridad, determinada en algunos casos por un aspecto funcional, esto es por las competencias

que constitucional o legalmente les hayan sido asignadas, y en otros por un criterio orgánico, pues será su ubicación en la estructura administrativa la que dirá si el servidor público está investido de autoridad o no.

“Así, por ejemplo, la autoridad civil es caracterizada por el legislador porque el empleado público está investido de capacidad legal y reglamentaria para emplear el poder público ‘en función de mando’ con el propósito de desarrollar los altos fines perseguidos por la ley, y en caso de desacato por el destinatario de la respectiva orden, hacerse obedecer con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario. De igual forma al ejemplificar el artículo 188 la autoridad civil cuando se ejerce el poder de nominación, bien para designar o ya para remover libremente a los empleados de su dependencia, o cuando se ejerce la potestad disciplinaria sobre los empleados, se logra entender que la autoridad civil tiene un reflejo endógeno y otro reflejo exógeno; por el primero se comprende el ejercicio de esa potestad intraorgánicamente, cuando el funcionario público la emplea respecto de los empleados bajo su dirección, o también cuando entra a disciplinarlos por la realización de una conducta tipificada en el ordenamiento disciplinario; y el reflejo exógeno de la autoridad civil es la manifestación de la voluntad de la administración teniendo como destinatarios a personas ajenas a la administración, como cuando a través de actos administrativos se imparten órdenes a terceros o se les imponen sanciones por no dar cumplimiento a esos mandatos de actuación o de abstención. (...).

“Y, en lo atinente a la autoridad administrativa ella es definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, a través de la conceptualización de la dirección administrativa, de manera similar a la autoridad civil, con la diferencia de que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas (contratación, ordenar el gasto, decidir situaciones administrativas laborales e investigar faltas disciplinarias). Con todo, si se detallan los alcances de la autoridad administrativa frente a los de la autoridad civil, se podrá inferir que las competencias de la primera están inmersas en las competencias de la última, la que además puede proyectarse externamente, hacia los particulares, de modo que pueda recurrirse a la compulsión o a la coacción con el concurso de la fuerza pública”²⁴. (Negrillas fuera de texto).

Recientemente la Sala Plena analizó una vez más el tema, y concluyó, retomando la historia de este concepto – sentencia del 11 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-00287-00 –, que: “De las distintas nociones de autoridad civil que a lo largo de estos años ha empleado la Sala, no cabe duda, por lo inocultable, que se carece de un criterio unificado al respecto. Incluso, y peor aún, algunos de los sentidos utilizados

subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

23 Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C. P. doctor Enrique Gil Botero. sentencia del 15 de febrero 2011. radicación número: 11001-03-15-000-2010-01055-00 (pi) actor: Asdrúbal González Zuluaga demandado: Noel Ricardo Valencia.

24 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de mayo de 2007. Exp. 00016.

son contradictorios en ciertas vertientes de su contenido. Por esta razón, se necesita consolidar el sentido y alcance de este concepto.

“En primer lugar, la Sala recoge –para desistir en adelante de su uso–, aquél criterio que señala que ‘autoridad civil’ corresponde a aquella que no es ‘autoridad militar’, pues una noción como esta confunde, por ejemplo, a la ‘autoridad jurisdiccional’ o a la ‘política’ con la ‘civil’; y actualmente no cabe duda de que se trata de conceptos jurídicos con contenido y alcance distinto.

“Esta idea es tan clara hoy día que resulta innecesario hacer más consideraciones explicativas al respecto, pues la obviedad de esta confusión es más que evidente.

“En segundo lugar, también precisa la Sala que la ‘autoridad civil’ tampoco es el género que comprende a la ‘autoridad administrativa’, o lo que es igual, esta no es una especie de aquélla; pues si bien es cierto que las diferencias entre ambas son difíciles de establecer y apreciar, ello no justifica que se confundan, pues, de ser así, se corre el riesgo de anular uno de dichos conceptos, *PESE A QUE EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SE USAN CLARAMENTE DE MANERA AUTÓNOMA*.

“En tal sentido, tenía razón esta Sala, en 1998, al decir que: ‘... resulta claro entonces que si el constituyente mencionó a la ‘jurisdicción’ y a la ‘autoridad administrativa’, en el No. 2 del artículo 179, para efectos de establecer la prohibición, y hubiese querido que ambas categorías fueran parte también del ordinal 5º, así expresamente lo hubiera prescrito. Pero, al no hacerlo, le dijo claramente al intérprete que en materia de inhabilidades e incompatibilidades una es la autoridad jurisdiccional, otra es la autoridad civil, otra la autoridad militar, otra la autoridad administrativa y otra la autoridad política. Fuera de ese contexto, sin tener en cuenta la finalidad prohibitiva de la norma constitucional, y en un escenario jurídicamente poco relevante, resulta aceptable la tesis de que el Presidente de la República, los Ministros, los Jueces y Fiscales, Procuradores, Gobernadores, Inspectores de Policía pasen por autoridades civiles, sólo para distinguirlas de las militares y eclesiásticas, científicas, etc. (...)’ (Subrayas y mayúsculas fuera del texto original).

4.3.2 Elementos que configuran la causal invocada

La inhabilidad para ser elegido congresista por razón del numeral 2 del artículo 179 de la Carta Política, según la alegación del actor, impone que concurren los siguientes supuestos, así: i) ejercicio como empleado público; ii) que el funcionario haya ejercido autoridad política o administrativa, iii) que esta haya sido ejercida dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección y iv) que el ejercicio de autoridad que se predica, se desarrolle en la circunscripción territorial por la cual la candidata aspiró a ser elegida Representante a la Cámara.

Identificados las premisas cuya presencia en el sub examine se requieren para dar por probada la inhabilidad se tiene que:

Frente al desempeño como empleado público

Respecto del primero de los elementos de la inhabilidad es claro que la demandada se desempeñó como empleada pública, por cuanto estuvo vinculada mediante una relación legal y reglamentaria con la Gobernación del Huila. Para el ejercicio del cargo fue nombrada mediante Decreto 0742 de 2013 y tomó posesión el 26 de abril pero con efectos fiscales a partir del 1º de mayo de 2013.

Frente al ejercicio de autoridad política y administrativa

Ahora bien, bajo la consideración conceptual a la que se aludió atrás y del examen de las funciones específicas a las que se refirió el actor para endilgar el ejercicio de autoridad política y administrativa, según el manual de funciones y las demás pruebas aportadas con el fin de acreditar el desempeño de funciones “realidad” que presuntamente cumplió la demandada, la Sala explica que:

Es necesario en primer lugar analizar si el cargo de Asesor, código 105, grado 04, denominado en ocasiones “Secretario Privado” es asimilable a los empleos de la estructura departamental identificados como “Secretarios de Despacho”, los cuales comportan autoridad política y administrativa en los términos y según las definiciones de la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”. Estas significaciones de las diferentes clases de autoridad han sido acogidas por la jurisprudencia como referentes para examinar en las distintas entidades de todos los niveles si se presenta o no la potestad constitutiva de inhabilidad.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente el hecho de que en ocasiones al cargo que ocupó la demandada en la práctica se le denomine “Secretaria Privada”, no implica que corresponda realmente a una “Secretaria de Despacho”, de las que integran la Gobernación del Huila, pues legalmente en el manual de funciones se le cataloga como: “Asesor, código 105, grado 04” dependiente del Despacho del gobernador. Por su parte, los segundos hacen parte de la Planta Global de la administración y se les identifica como “Secretario de Despacho, código 020, grado 03”.

Entonces, por el factor orgánico, al tratarse de un empleo de asesor diferente al de Secretario de Despacho no es posible jurídicamente predicar que implique ejercicio de autoridad política.

En efecto, los empleos de “Secretario de Despacho” y de “Asesor”, no comparten identidad de atribuciones que los puedan hacer asimilables:

Secretario de Despacho (Código 020, Grado 03) Planta Global	Asesor (Código 105, grado 04) Despacho del Gobernador
II. Propósito principal Asesorar y asistir al gobernador en la fijación, elaboración, ejecución y adopción de las políticas, programas y preparar anteproyectos de planes, programas de inversión correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del mismo.	II. Propósito principal Asesorar y dar reporte al Gobernador para la toma de decisiones en los asuntos de su competencia y coordinar con las secretarías y entidades del Departamentos, el cumplimiento de compromisos según contratos y/o convenios suscritos.

Según certificación sobre la estructura orgánica a la que pertenecen las “Secretarías de Despacho” que integran la administración central del departamento del Huila ninguna se identificó como “Secretaría Privada”. Las Secretarías de Despacho que integran el gobierno departamental son ocho y se identifican así: i) Gobierno y Desarrollo Comunitario, ii) Hacienda, iii) Agricultura y Minería, iv) Salud, v) Educación, vi) Vías e Infraestructura vii) Cultura y turismo y viii) General.

Para concluir el punto sobre la autoridad política debe precisarse que en todo caso, la manifestación que la demandada realizó en su acto de renuncia al cargo que ocupaba en la Gobernación del Huila, no puede constituir prueba de la que se derive la pertenencia al Gabinete departamental como lo invoca el actor. La integración de un empleo a una planta global es de reserva legal o reglamentaria, según el caso. Así las cosas, no es posible aceptar que la estructura laboral de una entidad dependa de las declaraciones que un empleado o cualquier otra persona realice sobre las calidades, funciones y remuneración de un empleo, en tanto una consideración en tal sentido, desconocería lo dispuesto en el artículo 122²⁵ Superior.

Tampoco por las funciones atribuidas al cargo de Asesor, código 105, grado 04, tal y como aparecen señaladas en el manual es predicable que alguna de ellas comporte autoridad administrativa.

En efecto, las funciones descritas en los numerales 1 a 9²⁶ del

25 “Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.
[...]

26 “Son funciones de dicho empleo, las siguientes:

Asesorar y dar reporte al Gobernador para la toma de decisiones en los asuntos de su competencia.
Diseñar e implementar un filtro que impida que la agenda del Gobernador se sobre cargue con problemas no procesados.
Diseñar e implementar un soporte al Gobernador para la preparación y cobranza de cuentas por desempeño que debe realizar el gobernador.
Coordinar, Supervisar y brindar soporte al Gobernador y a los delegatarios de la contratación en la Administración central.
Coordinar con las secretarías y entidades del Departamento, el cumplimiento de compromisos según contratos y/o convenios suscritos.
Elaborar informes ante las diferentes instancias sobre la ejecución de recursos asignados al despacho.
Supervisar la agenda de compromiso del Gobernador y realizar procesamiento técnico político de solicitudes según competencias.
Revisar los contratos, convenios, documentos o escritos elaborados y proyectados para la firma del Gobernador.

manual de dicho empleo no comporta tal clase de autoridad, porque:

Las actividades asignadas a este empleo se circunscriben, en lo general, a realizar una asesoría directa al Gobernador sobre asuntos que son de su competencia. También existen atribuciones que se relacionan, en específico, con la determinación de procesos que faciliten al gobernador la atención al público y el enlace y apoyo operacional entre el representante del ente territorial y las entidades que lo integran.

Así, todas estas funciones compendian una actividad de asesoramiento sobre aspectos organizacionales que conlleva la efectividad de las competencias de la oficina central de la administración departamental con las dependencias gerenciales que la integran y el público en general.

No implican atribuciones que tengan que ver con toma de decisiones, tales como: i) celebración de contratos, ii) ordenación del gasto, iii) autorización de comisiones y vacaciones, licencias a funcionarios, iv) nombramientos y v) investigaciones disciplinarias, entre otras.

Y aunque el demandante insiste que en la práctica existe injerencia directa de quien ejerce este empleo en las decisiones del Gobernador a partir de lo cual señala que se trata de “funciones realidad”, derivadas de lo que se consigna en el numeral 10 del manual: “10. Desarrollar las demás funciones asignadas por quien ejerza la supervisión directa de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo”, lo cierto es que no se demostró tal connotación atinente a que se le hubiese dotado a la demandada, por parte de superior jerárquico y funcional, esto es, el señor Gobernador de alguna o algunas atribuciones suyas, a través de delegación, que comporten autoridad administrativa.

Ahora bien, el señalamiento de que la “Secretaría Privada” es la “segunda al mando”, no representa para el caso, inferencia válida para dar por sentado que la demandada desempeño con poder decisorio o de mando, atribuciones de tal connotación, por la asistencia directa e inmediata con el Gobernador del departamento. Este apoyo directo no le traslada per se al Asesor, código 105, grado 04, las atribuciones que constitucionalmente le están asignadas al Gobernador²⁷ o a los representantes de las

Programar diariamente la atención del público que solicita audiencia con el Gobernador con el fin de evitar la saturación de su agenda. [...]”.

27 Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del

entidades que componen el departamento, v. gr. Secretario de Despacho o Jefe del Departamento Administrativo.

Así, la alegación del actor respecto de que la demandada además de las funciones legalmente asignadas cumplió otras de carácter o connotación de "realidad" no logró demostrarse ni con la documental aportada al expediente ni con la declaración rendida.

Tampoco las actividades de asesoría o de revisión de contratos, convenios, documentos o escritos elaborados y proyectados para la firma del gobernador implican que en ello se encuentre inmerso el ejercicio de poder de mando, pues las actividades de asesoría no representan dicho ejercicio.

Para la Sala, estas consideraciones son razón suficiente que hacen innecesario analizar los demás elementos para que se configure la inhabilidad, pues no logró demostrarse ni bajo el criterio orgánico ni frente al funcional, el ejercicio de autoridad administrativa.

Entonces, como no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, se impone negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, debe aclarar la Sala que se abstendrá de emitir

Gobierno y las ordenanzas de las Asambleas Departamentales.

2. Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes.
3. Dirigir y coordinar los servicios nacionales en las condiciones de la delegación que le confiera el Presidente de la República.
4. Presentar oportunamente a la asamblea departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos.
5. Nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador.
6. Fomentar de acuerdo con los planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del departamento que no correspondan a la Nación y a los municipios.
7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.
8. Suprimir o fusionar las entidades departamentales de conformidad con las ordenanzas.
9. Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanza, o sancionarlos y promulgarlos.
10. Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez.
11. Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación.
12. Convocar a la asamblea departamental a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para lo cual fue convocada.
13. Escoger de las ternas enviadas por el jefe nacional respectivo, los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos del orden nacional que operen en el departamento, de acuerdo con la ley.
14. Ejercer las funciones administrativas que le delegue el Presidente de la República.
15. Las demás que le señale la Constitución, las leyes y las ordenanzas.

pronunciamiento frente a la legalidad del Decreto N° 0742 de 2013, por medio del cual se nombró a la demandada como Asesor, Código 105, Grado 04, "Secretario Privado", dependiente del Despacho del Gobernador, pues su control judicial debió ejercitarse oportunamente por separado de este proceso, mediante la acción de nulidad electoral correspondiente.

Además, este reproche no constituyó aspecto de la fijación del litigio al corresponder a un acto administrativo diferente al que es objeto de control en este proceso.

Por 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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Con aclaración de voto

Susana Buitrago Valencia

Consejera de Estado

Ricardo Hoyos Duque

Conjuez

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Inhabilidad por ejercicio de autoridad / EJERCICIO DE AUTORIDAD – Conducencia y pertinencia de un testimonio para probar las funciones cumplidas por la demandada

Con el acostumbrado respeto, aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con la conducencia y pertinencia de un testimonio para probar las funciones cumplidas por la demandada, así: (...) Aunque comparto el planteamiento, que para resolver el problema jurídico era necesario verificar si la demandada ejerció efectivamente autoridad política o administrativa, o que si en el desarrollo de sus funciones como Secretaria Privada de la Gobernación del Huila, realmente ejerció funciones que implicaran tal autoridad política o administrativa, considero relevante hacer las siguientes precisiones:

1. El artículo 122 de la Constitución Política establece “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”. De lo anterior es claro, que para determinar las funciones asignadas y ejercidas por la demandada como Secretaria Privada de la Gobernación del Huila se requería que estas estuviesen detalladas en la ley o reglamento, el cargo contemplado en la respectiva planta de personal y los respectivos emolumentos previstos en el presupuesto. En el expediente obran y en el fallo, frente al cual aclaro mi voto, se señala que (i) en la Resolución No. 0089 del 16 de marzo de 2006 “Por el cual se adopta el manual de funciones, requisitos y competencias de los diferentes empleos de la Planta de personal de la administración central del departamento de Huila” se establecen las funciones del cargo desempeñado por la demandada y (ii) en el Decreto No. 112 de 2012 “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto No. 1339 de 2008 que fija la planta de personal de la administración central del departamento del Huila” se señala que el cargo desempeñado por la demandada corresponde a los que dependen del despacho del Gobernador. De lo anterior se tiene, que de acuerdo a la reglamentación, entre las funciones del cargo desempeñado por la demandada, no existían actividades que implicaran el ejercicio de autoridad política o administrativa tal como lo concluye el fallo, frente al cual aclaro mi voto.

2. Si bien es cierto, en el caso concreto era menester examinar el real ejercicio de funciones para establecer si la demandada desplegó acciones que implicaran autoridad política o administrativa, considero que en razón a la norma constitucional señalada y a los principios de la función pública establecidos en el artículo 209 superior, no son conducentes las pruebas testimoniales para determinarlo, puesto que el ejercicio del

empleo público es reglado y si existió algún tipo de asignación de funciones adicionales que conllevaran de alguna manera el ejercicio de autoridad política o administrativa, éstas debieron ser asignadas formalmente y por el funcionario competente mediante las figuras establecidas en la normativa aplicable para ello, como son la delegación de funciones o el encargo.

3. Por último, sí lo que se pretende es establecer que sin mediar ley, reglamento o actos administrativos que le asignaran a la demandada competencias que implicaran el ejercicio de autoridad política o administrativa ella las ejerció, implica indubitablemente una extralimitación en las funciones y competencias asignadas, lo que se constituye en una irregularidad, no solo a la luz de los principios constitucionales de la administración pública, sino del derecho sancionatorio (penal y disciplinaria, según el caso) por lo tanto se requiere que la prueba que lo demuestre verse sobre actuaciones específicas –que impliquen el ejercicio de la autoridad política o administrativa– endilgables a la demandada, en las que se determine clara y fehacientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo, por lo que resultan totalmente inconducentes e impertinentes testigos que den cuenta sobre las funciones en general que desarrolla un Secretario Privado cualquiera.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Con el acostumbrado respeto, aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con la conducencia y pertinencia de un testimonio para probar las funciones cumplidas por la demandada, así:

En ejercicio de la acción de nulidad el señor Wilfrand Cuenca Zuleta presentó acción de nulidad electoral, contra el acto de elección de la Representante a la Cámara por el departamento del Huila, la señora Flora Perdomo Andrade, por considerar que se encontraba incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política porque aseguró el demandante ejerció autoridad política y administrativa dentro de los doce meses anteriores a su elección, al desempeñarse como Secretaria Privada de la Gobernación del Huila.

El actor planteó en la demanda, lo cual fue señalado por la Magistrada Ponente en la fijación del litigio de la audiencia inicial, que era necesario extender el análisis a” (...) *examinar si hubo ejercicio de esas funciones realidad que alega el señor demandante ejerció la elegida*”.

En la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, se hace referencia al testimonio de una exgobernadora del Huila sobre asuntos generales del ejercicio del cargo de Secretario Privado, pero cuando se le interroga sobre si tenía

conocimiento de cuáles eran las funciones que en la práctica llevaba a cabo la doctora Flora Perdomo Andrade, contestó que las desconocía.

Aunque comparto el planteamiento, que para resolver el problema jurídico era necesario verificar si la demandada ejerció efectivamente autoridad política o administrativa, o que si en el desarrollo de sus funciones como Secretaria Privada de la Gobernación del Huila, realmente ejerció funciones que implicaran tal autoridad política o administrativa, considero relevante hacer las siguientes precisiones:

1. El artículo 122 de la Constitución Política establece *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”*

De lo anterior es claro, que para determinar las funciones asignadas y ejercidas por la demandada como Secretaria Privada de la Gobernación del Huila se requería que estas estuviesen detalladas en la ley o reglamento, el cargo contemplado en la respectiva planta de personal y los respectivos emolumentos previstos en el presupuesto.

En el expediente obran y en el fallo, frente al cual aclaro mi voto, se señala que (i) en la Resolución No. 0089 del 16 de marzo de 2006 *“Por el cual se adopta el manual de funciones, requisitos y competencias de los diferentes empleos de la Planta de personal de la administración central del departamento de Huila”* se establecen las funciones del cargo desempeñado por la demandada y (ii) en el Decreto No. 112 de 2012 *“Por el cual se modifica parcialmente el decreto No. 1339 de 2008 que fija la planta de personal de la administración central del departamento del Huila”* se señala que el cargo desempeñado por la demandada corresponde a los que dependen del despacho del Gobernador.

De lo anterior se tiene, que de acuerdo a la reglamentación, entre las funciones del cargo desempeñado por la demandada, no existían actividades que implicaran el ejercicio de autoridad

política o administrativa tal como lo concluye el fallo, frente al cual aclaro mi voto.

2. Si bien es cierto, en el caso concreto era menester examinar el real ejercicio de funciones para establecer si la demandada desplegó acciones que implicaran autoridad política o administrativa, considero que en razón a la norma constitucional señalada y a los principios de la función pública establecidos en el artículo 209 superior, no son conducentes las pruebas testimoniales para determinarlo, puesto que el ejercicio del empleo público es reglado y si existió algún tipo de asignación de funciones adicionales que conllevaran de alguna manera el ejercicio de autoridad política o administrativa, éstas debieron ser asignadas formalmente y por el funcionario competente mediante las figuras establecidas en la normativa aplicable para ello, como son la delegación de funciones o el encargo.

3. Por último, sí lo que se pretende es establecer que sin mediar ley, reglamento o actos administrativos que le asignaran a la demandada competencias que implicaran el ejercicio de autoridad política o administrativa ella las ejerció, implica indubitadamente una extralimitación en las funciones y competencias asignadas, lo que se constituye en una irregularidad, no solo a la luz de los principios constitucionales de la administración pública, sino del derecho sancionatorio (penal y disciplinaria, según el caso) por lo tanto se requiere que la prueba que lo demuestre verse sobre actuaciones específicas –que impliquen el ejercicio de la autoridad política o administrativa– endilgables a la demandada, en las que se determine clara y fehacientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo, por lo que resultan totalmente inconducentes e impertinentes testigos que den cuenta sobre las funciones en general que desarrolla un Secretario Privado cualquiera.

En estos términos aclaro mi voto.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado

**INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA
– Por vínculo de parentesco con funcionario
que ejerza autoridad civil o política /
INHABILIDAD POR VÍNCULO DE PARENTESCO
CON FUNCIONARIO QUE EJERZA AUTORIDAD
– Presupuestos para que se configure /
REPRESENTANTE A LA CÁMARA – Pariente no
ejerció autoridad civil o política el día de las
elecciones**

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara por el Distrito Capital, porque infringió la prohibición que establece el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que, según el actor, antes de ser elegido Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, su señor padre (Guillermo Raúl Asprilla Coronado – q. e. p. d.) se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito Capital, cargo en el que ejerció autoridad civil. Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala **comenzará por precisar los requisitos de configuración de la causal de inhabilidad que prevé el numeral 5 de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.** Para que se entienda estructurada la causal de inhabilidad prevista en la norma en comento, es necesario que se verifiquen los siguientes presupuestos: a) Que exista un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. b) Que el vínculo sea con un funcionario que ejerza autoridad civil o política. c) Que el ejercicio de esa autoridad tenga lugar en la respectiva circunscripción electoral y cuando menos el día de las elecciones. Al respecto, la Sala pone de presente que en sub examine se tiene lo siguiente: Obra el registro civil de nacimiento del señor Inti Raúl Asprilla Reyes, que demuestra que entre el señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado y el demandado existen un vínculo de consanguinidad en primer grado, pues son padre e hijo. Así mismo, obra copia auténtica del Decreto No. 203 del dos de mayo de 2012, mediante el cual el Alcalde del Distrito Capital nombró al doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (q. e. p. d.) como Secretario de Despacho Código 020 Grado 09 de la Secretaría Distrital de Gobierno.

De igual forma, también se verifica a folio 196 que el susodicho tomó posesión del cargo el día tres de mayo de ese mismo año. Por tal razón, ante la vinculación del padre del demandado al Distrito Capital, mediante una relación de carácter legal y reglamentaria, es evidente que tuvo la condición de funcionario público, toda vez que el término “funcionario público” contenido el numeral 5 del artículo 179 Superior: “comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a estas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales” En cuanto al ejercicio de autoridad civil y política, para la Sala es evidente que las competencias atribuidas a la Secretaria de Gobierno implican el ejercicio de autoridad civil, que es una de las modalidades que exige el artículo 179–5 constitucional en dirección a que se configure la inhabilidad en cuestión.

Entonces, es claro que el Secretario de Gobierno de la alcaldía distrital de Bogotá también ejerce autoridad política según la definición contenida en la citada norma, pues debido a la importancia del cargo y al grado de jerarquía que ocupa dentro del organigrama de la administración, a la par del Alcalde Distrital se encarga de tratar y resolver los asuntos más trascendentes y relevantes para la comunidad. A fin de que se configure la inhabilidad que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, ha existido una posición reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado en el sentido de que es necesario que la autoridad política o civil se ejerza por parte del pariente del elegido el día de las votaciones. la Sala, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, concluye que si bien está demostrado que el padre del demandado (Guillermo Raúl Asprilla Coronado) se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito Capital de Bogotá, cargo en el cual ejerció autoridad civil y política, no puede predicarse que por ello se estructure la inhabilidad endilgada en la demanda, pues el señor Asprilla Coronado se retiró de dicho cargo el día 6 de mayo de 2013, es decir, 10 meses antes de la elección (9 de marzo de 2014). Tal situación, según la tesis imperante en ese momento, impidió que se configure la prohibición del artículo 179–5 constitucional, pues se requería que el ejercicio de autoridad se presente el mismo día de las elecciones. En consecuencia, como se anticipó, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que no se desvirtuó la presunción del acto acusado.

Nota de Relatoría: En cuanto al tema de la interpretación temporal de la inhabilidad contenida el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, esta providencia reitera la sentencia de unificación de 26 de marzo de 2015, Rad. 11001–03–28–000–2014–0034–00 / 11001–03–28–000–2014–00026–00(Acumulados), M. P., Alberto Yepes Barreiro (e), Sección Quinta.

Fuente formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 5

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001–03–28–000–2014–00061–00

Actor: Juan Luis Pérez Escobar

Demandado: Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia, habida cuenta que el proyecto inicial no logró la mayoría requerida y, por tanto, fue necesario el cambio de magistrado ponente.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Juan Luis Pérez Escobar, en nombre propio, presenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014–2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“Primera. Que se declare la nulidad del Acta Parcial de Escrutinio que declara la lección de Representantes a la Cámara por Bogotá, Formulario E-26 CAM proferida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 1º de abril de 2014 (Anexo 1), en especial la elección del candidato No. 109 de la Alianza Verde, señor INTI RAUL ASPRILLA REYES y la Cancelación de la correspondiente “Credencial” que lo acredita como Representante a la Cámara elegido en las Elecciones Realizadas el día 9 de marzo de 2014, en razón de encontrarse incurso en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, conforme lo expuesto en la demanda.

Segunda: Que como consecuencia de las anterior (sic) declaración, ordene al Presidente de la Cámara de Representantes a realizar el llamado de quien corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 134 C.N., y 278 de la Ley 5º de 1992.”

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la Sala destaca sólo los hechos que la demanda contiene que se plantean en relación con el concepto de la violación en cuanto a la inhabilidad que se le endilga al demandado. Estos son:

– Que el doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (q. e. p. d.), fue nombrado Secretario de Gobierno del Distrito Capital entre el 3 de mayo de 2012 y el 6 de mayo de 2013, funcionario que era el padre del demandado Inti Raúl Asprilla Reyes.

–Que como Secretario de Gobierno, el padre del elegido Representante a la Cámara Inti Raúl Asprilla Reyes, ejerció autoridad civil y política dentro del Distrito Capital, toda vez que atendió asuntos de orden público, ejerció poder de policía, de control interno y de ordenador del gasto, así como se encargó de las relaciones de la Alcaldía con el Concejo Distrital.

3. Normas violadas y el concepto de violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 179–5 de la Constitución Política.
- El 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En síntesis, argumentó que el señor Inti Raúl Asprilla al momento de su elección como representante a la Cámara por Bogotá tenía **restringido** su derecho fundamental de participar en la conformación del poder político, por hallarse incurso en la inhabilidad que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

Ello debido a que existía un vínculo de parentesco en primer grado de consanguinidad con el señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (padre del demandado – q. e. p. d.), quien se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito de Bogotá desde el 3 de mayo de 2012 hasta el 6 de mayo de 2013, cargo en el cual ejerció autoridad civil y política, que se traduce “...en la potestad de dirección y mando frente a los ciudadanos confiriéndole el poder de impartir ordenes con sentido de trascendencia y de proyección general obligatoria”.

Que, en efecto, “de acuerdo con el artículo 4 de la Resolución No. 3134 de 17 de marzo de 2006 (Manual de Funciones y Competencias de los Empleados de Planta de la Secretaría de Gobierno del Distrito) las funciones asignadas al doctor Asprilla Coronado como Secretario de Gobierno involucran autoridad política y civil. Agrega que la circunscripción territorial que comporta la elección para Representantes a la Cámara por Bogotá, coincide con el ámbito geográfico y espacial del Distrito Capital, por lo que la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política le es aplicable al demandado”.

Aunado a lo anterior, el demandante considera que si bien respecto a la interpretación del elemento temporal de la causal endilgada, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha estimado que el ejercicio de la autoridad civil o política debe presentarse el “mismo día de la elección”, es evidente que tal hermenéutica no consulta el espíritu de la norma porque es claro “...que tal posición de autoridad que desbalancea la contienda electoral y que se prohíbe en la regla citada, se presenta en tiempo inmediatamente anterior a la elección, conducta que el constituyente quiso precaver y frente a la cual no puede cometerse un fraude al derecho al dársele un entendimiento por fuera de los principios del sistema.”

Que este alcance de la inhabilidad es el del salvamento de voto de la doctora Ruth Stella Correa Palacio dentro del proceso de pérdida de investidura número 1100103150002006 0070601, que, a juicio del actor, corresponde al que debe aplicarse al presente asunto.

Aunado a lo anterior, estima que aunque la inhabilidad en comento no establece el término durante el cual el ejercicio de autoridad civil o política inhabilita al congresista, tampoco prevé como limitante que dicha situación deba presentarse el día de la elección. Que, por tanto, lo ideal es darle a la norma un alcance más amplio y comprensivo, sin necesidad acudir a una interpretación analógica y extensiva, que está prohibida en materia de inhabilidades.

4. Contestación de la demanda

El señor Inti Raúl Asprilla contestó la demanda por intermedio de apoderado. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros eran meras apreciaciones del demandante.

Propuso las excepciones que denominó *“inepta demanda, la falta de prueba del vínculo de parentesco entre Selma Beatriz Asprilla Coronado y Guillermo Asprilla Coronado, la inexistencia del ejercicio de autoridad civil o política de Selma Beatriz Asprilla Coronado y la inexistencia del factor temporal para el ejercicio de autoridad desplegado por el señor Guillermo Asprilla Coronado”*

Se opuso a las pretensiones aduciendo que:

–Es cierto que el doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (padre del demandado) se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito Capital entre el 3 de mayo de 2012 y el 6 de mayo de 2013, mientras que las elecciones tuvieron lugar el día 9 de marzo de 2014. Es decir, es evidente que ese preciso día no se ejerció autoridad política o civil por parte del pariente del demandado, lo cual impide la configuración de la causal endilgada de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado¹.

–Por último, puso de presente que las causales de inhabilidad e incompatibilidad son taxativas y de interpretación restringida por lo que es imposible aplicarlas por analogía o extensión al caso concreto.

5. Trámite en única instancia

Mediante providencia del 27 de mayo de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso².

El día 27 de octubre de 2014 se celebró la audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En esta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se decretaron pruebas.

–En relación con las excepciones que propuso el demandado, la magistrada conductora del proceso manifestó:

“(…) En escrito de contestación presentado por el apoderado judicial del demandado (fls. 90 y ss.), se propusieron como excepciones: i) “Inepta demanda”, ii) “falta de prueba del vínculo de parentesco con Selma Beatriz Asprilla Coronado y Guillermo Asprilla Coronado”, iii) “falta de prueba y existencia de funcionario que ejerza autoridad civil o política en el caso de Selma Beatriz Asprilla Coronado” y

iv) “ausencia del factor temporal para que opere la prohibición constitucional en relación con Guillermo Raúl Asprilla Coronado”.

Al respecto, advirtió el Despacho que la primera excepción planteada no tiene vocación de prosperidad, por cuanto el escrito introductorio reúne las exigencias de los artículos 162, 163, 164 numeral 2 literal a) y 166 del CPACA. De las pretensiones y los fundamentos de derecho esgrimidos, resulta evidente que la relación inhabilitante que plantea el actor hace referencia únicamente al señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado como padre del demandado, y que si bien en los hechos y alguna de las pruebas menciona a la señora Selma Beatriz Asprilla Coronado, sobre este vínculo no realiza ningún análisis como hecho ligado al cargo imputado, constituyendo una mera situación fáctica esbozada en la demanda. Por tanto el razonamiento sobre la inhabilidad endilgada como causal de nulidad, con respecto a uno de sus elementos, gira exclusivamente en torno al parentesco entre el demandado y el señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado, cumpliendo la demanda con los requisitos legales exigidos.

Agregó que, en relación con las denominadas excepciones de “falta de prueba del vínculo de parentesco con Selma Beatriz Asprilla Coronado y Guillermo Asprilla Coronado”, “falta de prueba y existencia de funcionario que ejerza autoridad civil o política en el caso de Selma Beatriz Asprilla Coronado” y “ausencia del factor temporal para que opere la prohibición constitucional en relación con Guillermo Raúl Asprilla Coronado”, no constituyen hechos exceptivos sino que se refieren a situaciones y valoraciones que deberán hacerse en el curso del proceso que atañen al fondo de la controversia planteada, por lo que deberán ser definidas en la sentencia.”

–Sobre los hechos en que están de acuerdo las partes se dijo:

“(…) La doctora Selma Beatriz Asprilla Coronado se desempeñó como asesora de la Gerencia General de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

El doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado fue nombrado Secretario de Gobierno del Distrito entre el 3 de mayo de 2012 y el 6 de mayo de 2013.

El demandado fue elegido Representante a la Cámara por Bogotá en las elecciones del 9 de marzo de 2014.

En cuanto al primer hecho se debe aclarar que es una situación fáctica que se plantea en la demanda pero no guarda relación con el cargo planteado en la demanda.”

¹ En concreto, citó las sentencias proferidas el 20 de febrero de 2012 dentro del proceso 110010032800020100009900 y el 22 de marzo de 2007 en el proceso acumulado 200600067, 200600071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076.

² Folios 65–70.

—Por otra parte, el litigio se fijó en los siguientes términos:

“[Consiste en...] Determinar si la elección del señor INTI RAÚL ASPRILLA REYES como Representante a la Cámara por Bogotá es nula, porque está incurso en la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política y se configura la causal de nulidad establecida en el numeral 5 del artículo 275 el CPACA”.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Del demandante

En escrito presentado el 14 de enero del presente año, el demandante enfatizó en que la causal de inhabilidad que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política busca garantizar la transparencia, la imparcialidad, la igualdad y la moralidad en el acceso y permanencia en el servicio público y en los procesos de elección.

Que en el presente caso, no existe discusión alguna sobre la existencia del parentesco padre e hijo entre el señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado e Inti Raúl Asprilla Reyes. Tampoco se presenta duda alguna sobre el ejercicio de autoridad civil o política que desplegó el señor Asprilla Coronado, padre del demandado, mientras se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito Capital.

Puso de presente que es necesario que el Consejo de Estado otorgue un nuevo enfoque al elemento temporal de la inhabilidad que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, por cuanto la interpretación actual *“no consulta la protección de la transparencia, ética y moralidad que fue el objetivo del Constituyente de 1991”*.

Que si bien es cierto que la disposición constitucional no trae un término exacto a fin de que se configure la inhabilidad, el hecho de que la jurisprudencia haya limitado dicho plazo al día de las elecciones constituye una interpretación restrictiva que atenta contra la eficacia del sistema electoral y el equilibrio e igualdad que se predica entre los candidatos electorales, pues *“...es evidente que no sólo el día de las elecciones se puede ejercer presión o direccionar la voluntad de los electores desde a través del ejercicio de autoridad civil o política, sino varios meses antes de la contienda electoral”*.

Por último, manifestó que en el presente caso es evidente que para la época en que el demandado empezó su campaña para ser elegido Representante a la Cámara por Bogotá, su padre se desempeñaba como Secretario de Gobierno del Distrito.

6.2. Del demandado

Mediante memorial del 15 de enero del presente año, el apoderado del demandado reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda en el siguiente sentido:

“(...) En cuanto a la temporalidad de la inhabilidad, la amplia jurisprudencia del Consejo de Estado que ha estudiado esta causal, ha sido consistente y de forma reiterada ha indicado que ante la falta de un término explícito, se debe acudir al tenor gramatical y por esta vía se concluye que dicha inhabilidad opera para el momento de las elecciones.

(...) queda claro que el factor temporal de la inhabilidad está supeditado al día de las elecciones, esto quiere decir que es en dicho momento en que se debe ejercer la autoridad civil o política y mantener el vínculo de parentesco para que configure la mencionada inhabilidad. Por lo tanto, si dicho día no se ejercían dichas funciones por parte del pariente, no hay lugar a declarar la nulidad electoral, tal como acontece en este caso, pues el doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado se desempeñó como secretario de gobierno desde el 2 de mayo de 2012 a 6 de mayo de 2013, es decir, que cesó sus funciones 10 meses antes de la elección”.

Aunado a lo anterior, manifestó que los salvamentos de voto que se emitieron dentro del proceso 2006–00706–01 no constituyen precedente aplicable al caso concreto, pues no existe identidad fáctica.

Que, además, el estudio del régimen de inhabilidades siempre debe consultar los principios *pro libertate* y *pro hominem*, a fin de que se restrinja en la menor medida posible el derecho fundamental a ser elegido.

7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

Que según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado³ la inhabilidad que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política solo se configura cuando la autoridad se ejerza el día de las elecciones y por ello si el día de los comicios el funcionario está retirado del servicio es claro que no se materializa la inhabilidad.

Que, sin perjuicio de lo anterior, es evidente que la actual interpretación desconoce los principios teológicos que inspiraron el régimen de inhabilidades y razón por la cual, a su juicio, *“el criterio jurisprudencial que se ha elaborado en torno*

³ El Procurador delegado referenció la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de febrero de 2012 radicado 11001–03–28–000–2010–00063–00 (IJ) Acumulado M. P. Susana Buitrago Valencia.

a la temporalidad que se ha de considerar para configurar la causal de inelegibilidad del artículo 179 numeral 5 de la Carta Política *ha de ser dejado de lado*⁴.

Que, a su juicio, debe entenderse que la inhabilidad se configura no solo el día de las elecciones, sino 6 meses antes a la votación, pues *“éste es el término más favorable estipulado por el Constituyente respecto a las inhabilidades de los Congresistas”*⁵. Porque además dentro de este término recaen las prohibiciones constitucionales señaladas en la Ley de Garantías Electorales, la inscripción de candidaturas y la propaganda electoral.

Con fundamento en lo anterior, solicitó *“...que sea esta la oportunidad de repensar lo que ha venido sosteniendo [el Consejo de Estado] a fin de darle un efecto útil a la norma y hacer del sistema de inhabilidades una herramienta eficaz en procura del mantenimiento de las garantías democráticas.”*

Que, sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso está comprobado que el padre del demandado no ejerció autoridad civil o política dentro de los 6 meses anteriores a la elección, pues se retiró del cargo de Secretario de Gobierno Distrital el día 6 de mayo de 2013, esto es, 10 meses antes. Es decir, ni siquiera bajo una nueva postura jurisprudencial se configuraría la inhabilidad endilgada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA⁶, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección del señor Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito de Bogotá, periodo 2014–2018.

2. El acto acusado

Es el formulario E–26 CA del primero de abril de 2014, expedido por la respectiva Comisión Escrutadora General⁷, en

⁴ Folio 378 del Expediente 2014–0034

⁵ El Ministerio público se refiere al término contemplado para la inhabilidad por “gestión de negocios” contemplada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, en la que se consagra que no podrán ser congresistas “3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.” (Subrayas fuera de texto)

⁶ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.” (Subrayas fuera de texto).

⁷ Folios 27–55.

cuanto contiene la elección de los Representantes a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá para el periodo 2014–2018, entre ellos, el señor Inti Raúl Asprilla Reyes.

3. Estudio de fondo del asunto

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como Representante a la Cámara por el Distrito Capital, porque infringió la prohibición que establece el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que, según el actor, antes de ser elegido Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, su señor padre (Guillermo Raúl Asprilla Coronado – q. e. p. d.) se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito Capital, cargo en el que ejerció autoridad civil.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará a partir de las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación⁸, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y la opinión del Ministerio Público.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala **comenzará por precisar los requisitos de configuración de la causal de inhabilidad que prevé el numeral 5 de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.**

De los requisitos de configuración de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179–5 constitucional

El actor considera que en el asunto bajo examen, el elegido Representante a la Cámara incurrió en la inhabilidad que consagra el artículo 179 numeral 5 de la Constitución Política, que a la letra dice:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas:

5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. (...)”

(...)

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5”

En reiterada jurisprudencia de esta Corporación⁹ se ha dicho que para que se entienda estructurada la causal de inhabilidad prevista en la norma en comento, es necesario que se verifiquen los siguientes presupuestos¹⁰:

⁸ Según los términos en que se fijó el litigio en la audiencia inicial.

⁹ Entre otras ver, sentencia del 19 de febrero de 2015. Exp. 2014–00045.

¹⁰ Ha sido jurisprudencia reiterada que para que se estructure “[la inhabilidad por familiares funcionarios públicos que hayan ejercido autoridad] no es

- a) Que exista un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.
- b) Que el vínculo sea con un funcionario que ejerza autoridad civil o política.
- c) Que el ejercicio de esa autoridad tenga lugar en la respectiva circunscripción electoral y cuando menos el día de las elecciones.

Al respecto, la Sala pone de presente que en sub examine se tiene lo siguiente:

I. Del parentesco

A folio 56 del expediente obra el registro civil de nacimiento del señor Inti Raúl Asprilla Reyes, que demuestra que entre el señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado y el demandado existen un vínculo de consanguinidad en primer grado, pues son padre e hijo.

II. De la condición de funcionario público del señor Guillermo Raúl Coronado

Así mismo, a folio 194 del expediente obra copia auténtica del Decreto No. 203 del dos de mayo de 2012, mediante el cual el Alcalde del Distrito Capital nombró al doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (q. e. p. d.) como Secretario de Despacho Código 020 Grado 09 de la Secretaría Distrital de Gobierno. De igual forma, también se verifica a folio 196 que el susodicho tomó posesión del cargo el día tres de mayo de ese mismo año.

Por tal razón, ante la vinculación del padre del demandado al Distrito Capital, mediante una relación de carácter legal y reglamentaria, es evidente que tuvo la condición de funcionario público, toda vez que el término “funcionario público” contenido el numeral 5 del artículo 179 Superior: “comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a estas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales”¹¹

III. Del ejercicio de autoridad civil y política

Respecto de este elemento, la Sala verifica que dentro del expediente (folios 197–199) obra copia auténtica de la Resolución 313 de 17 de marzo de 2006, mediante la cual

“se ajusta el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, D. C.”, en la cual al Secretario de Gobierno se le asignaron las siguientes funciones:

“1. Formular la política general y evaluar y aprobar los planes anuales de las actividades de la Secretaría, conforme a los lineamientos que señale el Alcalde Mayor.

2. Formular políticas en materia de seguridad, justicia, protección y promoción de derechos y libertades públicas y de gestión local y participación ciudadana, de conformidad con los lineamientos que señale el Alcalde Mayor.

3. Diseñar y poner a consideración del Alcalde Mayor, las políticas, planes y programas de seguridad y orden público, desarrollo local y participación ciudadana tendientes a fortalecer la capacidad de Gobierno de las localidades del Distrito Capital.

4. Atender las relaciones con el Concejo Distrital en los asuntos que sean de su competencia, de conformidad con la legislación vigente y los lineamientos que señale el Alcalde Mayor.

5. Garantizar la protección a las personas en sus derechos civiles y garantías sociales, conforme a la Constitución Política y a las leyes.

6. Instruir a la fuerza pública en los asuntos que sean de su competencia, para preservar el orden público en el territorio del Distrito Capital, en materia de seguridad y justicia, de conformidad con lo establecido en la ley.

7. Vigilar y hacer cumplir la aplicación de las normas de policía de conformidad con la ley.

8. Formular las políticas, planes y programas relacionados con la administración de los recursos humanos, financieros y físicos de la Secretaría que contribuyan a la gestión eficiente de la misma.

9. Establecer políticas que permitan verificar y controlar la atención oportuna de las solicitudes, quejas y reclamos formulados a la Secretaría, por la ciudadanía y los funcionarios de la misma.

10. Establecer el sistema de control interno de la entidad.

11. Propiciar en la organización la formulación de una cultura de autocontrol que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional.

suficiente que un candidato esté emparentado con cualquier servidor público. Se necesita, además, que el parentesco o vínculo exista en los grados y modalidades que dice la ley, que el familiar tenga la calidad de funcionario público, que desde su cargo ejerza autoridad en las modalidades que indique la ley para cada caso, que lo haga en la misma circunscripción donde se llevará a cabo la elección (...).”

11 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de abril de 2005, radicado 11001–03–28–000–2003–00050–01. N° interno: 3182 C. P. Darío Quiñones Pinilla. Reiterada en sentencia del 6 de noviembre de 2014 radicado N° 11001032800020140004000 C. P. Alberto Yepes Barreiro.

12. Garantizar el estudio, concepto y solución de negocios de policía asignados a la Secretaría de conformidad con la ley.

13. Servir, cuando las condiciones lo requieran, de instancia de enlace y coordinación en las acciones de apoyo con las fuerzas militares y de policía, el DAS y las autoridades para la investigación de los delitos en su área de jurisdicción.

14. Cooperar con las autoridades competentes para prevenir y conjurar calamidades públicas, a fin de dar protección a la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

15. Garantizar el otorgamiento de permisos para las rifas, juegos y espectáculos dentro del territorio del Distrito, de conformidad con las normas pertinentes.

16. Proponer al Alcalde Mayor la creación, supresión o modificación de cargos y dependencias en la Secretaría, con sujeción a las disposiciones vigentes.

17. Promover la participación ciudadana en la gestión Distrital y local.

18. Crear y mantener un sistema de información para el apoyo en la toma de decisiones a nivel de la Secretaría y de cada una de las localidades.

19. Asegurar el funcionamiento de la Secretaría de acuerdo con las normas vigentes.

20. Nombrar y remover a los empleados de la Secretaría conforme a las disposiciones vigentes.

21. Conocer en segunda instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores públicos de la Secretaría de Gobierno, de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes.

22. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

23. Las demás que le sean asignadas o delegadas y que correspondan a la naturaleza del cargo.

IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

Las políticas formuladas en materia de seguridad, justicia, protección y promoción de derechos y libertades públicas y de gestión local y participación ciudadana se realizan conforme a los lineamientos establecidos por el Alcalde Mayor.

Las relaciones con el Concejo Distrital en asuntos de su competencia, se atienden de conformidad con la legislación y los lineamientos señalados por el Alcalde Mayor.

Las políticas, planes y programas formulados, en materia de administración de los recursos humanos, financieros y físicos de la Secretaría contribuyen a la gestión eficiente de la misma.

Las políticas establecidas permiten promover los mecanismos de participación ciudadana en el Distrito, así como la atención oportuna de las solicitudes, quejas y reclamos formulados a la Secretaría, por la ciudadanía y los funcionarios de la misma.

La coordinación interinstitucional desarrollada permite prevenir y conjurar calamidades públicas, garantizando la seguridad, protección a la vida, honra y bienes de los ciudadanos.¹²

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es evidente que las competencias atribuidas a la Secretaría de Gobierno implican el ejercicio de **autoridad civil**, que es una de las modalidades que exige el artículo 179-5 constitucional en dirección a que se configure la inhabilidad en cuestión.

Se resalta que de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación¹³ la autoridad civil consiste en la potestad para producir actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir sobre los ciudadanos y la comunidad en general, con posibilidad incluso de compulsión o de coerción por la fuerza. Son expresión exógena de la autoridad.

En otras palabras, “la autoridad civil implica la posibilidad de tomar decisiones en materia de policía administrativa, materializadas en actos administrativos, y de hacerlas cumplir incluso en contra de la voluntad de los destinatarios”¹⁴

Dentro de estos parámetros, no cabe duda de que las funciones que tiene atribuidas el cargo de Secretario de Gobierno Distrital comportan el ejercicio de autoridad civil, pues implican la potestad autónoma y propia para desplegar actos de poder y mando de acatamiento obligatorio por los habitantes del Distrito Capital de Bogotá. Es decir, en el desarrollo de su cargo el padre del demandado detentó función de policía administrativa. Tenía competencia para dictar “actos de autoridad”, que denotan en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos.

12 Resolución 313 de 17 de marzo de 2006 mediante la cual se ajusta el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría de Gobierno

13 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-00287-00-C. P. Enrique Gil Botero, reiterado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de febrero de 2011, exp. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI).

14 Ver sentencia del 11 de febrero de 2015. Exp. 2014-00045.

A la par de lo anterior, resalta la Sala que el artículo 189 de la ley 136 de 1994 sobre el ejercicio de autoridad política prevé:

“Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

Entonces, es claro que el Secretario de Gobierno de la alcaldía distrital de Bogotá también ejerce autoridad política según la definición contenida en la citada norma, pues debido a

la importancia del cargo y al grado de jerarquía que ocupa dentro del organigrama de la administración, a la par del Alcalde Distrital se encarga de tratar y resolver los asuntos más trascendentes y relevantes para la comunidad.

IV. Del tiempo dentro del cual debe ejercerse la autoridad civil o política

A fin de que se configure la inhabilidad que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, ha existido una posición reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado en el sentido de que es necesario que la autoridad política o civil se ejerza por parte del pariente del elegido el día de las votaciones.

Sobre el particular, se tienen los siguientes pronunciamientos:

Expediente	Fecha de la decisión	Magistrado
Expedientes: 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914	Sentencia de 24 de noviembre de 1999	Darío Quiñonez Pinilla
Radicado interno 4001–4005	Sentencia de 22 de marzo de 2007	María Nohemí Hernández Pinzón
Radicado interno 4060–4068	Sentencia de 8 de mayo de 2008	Filemón Jiménez Ochoa
Radicado interno 4056–4084	Sentencia de 6 de julio de 2009	Susana Buitrago Valencia
Radicado interno 0240	Sentencia de 31 de julio de 2009	María Nohemí Hernández Pinzón

Empero, como bien lo ponen de presente el demandante y el Ministerio Público, la Sala considera que se hace necesario replantear hacia adelante la hermenéutica que ha venido recibiendo esta causal, según la cual la inhabilidad se “*tipifica*” únicamente si el ejercicio de autoridad se presenta el día de las elecciones, pues es indiscutible que tal entendimiento le resta eficacia a la norma constitucional, en la medida en que contraría la finalidad de la prohibición, esto es, el respeto por la igualdad entre los candidatos y evitar el nepotismo.

Sea lo primero advertir que en razón de la competencia constitucional y legal de la Sección Quinta como Sala especializada en la materia electoral para estudiar y analizar las demandas de nulidad electoral sometidas a su conocimiento, actúa como órgano de cierre y como autoridad judicial que unifica los criterios sobre tales temas. Por esta razón, está plenamente facultada para sentar posturas jurisprudenciales o para reestructurar las acuñadas en el pasado ante la necesidad de dar efecto útil a una inhabilidad, como ocurre en este caso con la que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

En este sentido, la Sala destaca que la legitimidad democrática recae en definitiva en el proceso de nulidad electoral, en tanto es el medio judicial de control que garantiza la preservación integral de la pureza de la elección y la voluntad libre del elector. Así, es claro que la Sala no está creando la inhabilidad, sino que en atención a la finalidad con la que la Carta Política estatuyó el régimen de inhabilidades, está interpretando la que prevé el numeral 5 del artículo 179.

En este orden de ideas, por lo tanto, le compete que se anuncie cual es en adelante el nuevo alcance teleológico que debe recibir del numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, a fin de que la prohibición allí contemplada consulte realmente la finalidad de su consagración, acorde con los principios y valores que informan nuestra Carta Política y con su teleología de mantener y fortalecer la democracia, que es pilar del sistema electoral que nos rige y que se funda en la igualdad y en el equilibrio de los candidatos en la contienda.

Por tanto, se impone asumir que lo que se pretendió por el constituyente es impedir que los parientes de los funcionarios que ejercen autoridad civil o política dentro de la misma circunscripción electoral se puedan beneficiar por las prerrogativas que poseen sus familiares en el poder y que con ello se rompa el equilibrio o la igualdad a la que todos los candidatos tienen derecho. El objetivo y propósito de la causal es preventivo y tiene este alcance, el cual es preciso que el juez se lo otorgue, interpretando la Constitución en dirección a tal logro.

Del nuevo alcance respecto del factor temporal

La Sala recuerda que este régimen “...*tiene como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos*”¹⁵.

Y que las normas constitucionales que lo contienen, al igual que las demás disposiciones de tipo prohibitivo de la Carta Política,

¹⁵ Sentencia C–325 de 2009.

están llamadas a **tener vocación de eficacia y materialización de su finalidad**, debido a la fuerza normativa y vinculante que ostenta el texto constitucional¹⁶, lo cual **significa** colocarlas en contexto con su teleología, hacerlas coherentes con la razón de ser de su creación y que atiendan a la orientación que inspira y que caracteriza nuestro Estado como Democrático, Participativo y Plural.

Así, como ya se puso de presente en líneas anteriores, para la Sala la interpretación que hasta ahora se había hecho del elemento temporal de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política, no conduce a que la inhabilidad tenga efecto útil alguno, pues:

- Desconoce que el proceso electoral no se limita al día de las elecciones, sino que el resultado de las votaciones es consecuencia de unas etapas surtidas con antelación y que para el aspirante a ser elegido comienzan con la inscripción de su candidatura.
- Ignora que los parientes de los funcionarios que ejercen autoridad civil o política, en su condición de candidatos, pueden verse beneficiados con las prerrogativas o facultades que tienen sus familiares dentro de la respectiva circunscripción, lo cual puede tener lugar dentro de toda la campaña electoral y no solo el día de la elección. Tal circunstancia rompe el equilibrio y la igualdad que debe existir entre todos los aspirantes a ser elegidos.
- Al permitir estas ventajas atenta contra los principios de transparencia, probidad y moralidad que rigen el sistema electoral.

De conformidad con las anteriores consideraciones, resulta necesario que para **que tenga efecto útil la prohibición** que prevé el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, lo lógico es entender que su estructuración no sólo se limite al día de la elección –como época en que el pariente no puede encontrarse en ejercicio del empleo o cargo público que le comporte potestades de autoridad civil o política –, sino que tal limitación opere dentro de término razonable en el que ello tiene incidencia de evitar que el candidato se pueda beneficiar de las prerrogativas de cercanía a los elementos de poder de que gozan sus familiares. Este término corresponde entonces

16 Así pues se ha considerado que “la eficacia es un propiedad de la norma, según la cual la norma es verdaderamente eficaz cuando que existe un número determinado de actos de cumplimiento de la norma”. En igual sentido que la Corte Constitucional en Sentencia C-873-13 señaló que: “<<La eficacia>> de las normas puede ser entendida tanto en un sentido jurídico como en un sentido sociológico; es el primero el que resulta relevante para efectos del asunto bajo revisión. El sentido jurídico de “eficacia” hace relación a la producción de efectos en el ordenamiento jurídico por la norma en cuestión; es decir, a la aptitud que tiene dicha norma de generar consecuencias en derecho en tanto ordena, permite o prohíbe algo. Por su parte, el sentido sociológico de “eficacia” se refiere a la forma y el grado en que la norma es cumplida en la realidad, en tanto hecho socialmente observable; así, se dirá que una norma es eficaz en este sentido cuando es cumplida por los obligados a respetarla, esto es, cuando modifica u orienta su comportamiento o las decisiones por ellos adoptadas.” (Subrayas fuera de texto).

desde cuando se es candidato, que acaece cuando se inscribe oficialmente la aspiración.

Se impone así que ante la falta de precisión por parte del constituyente originario, el juez está en la obligación de darle sentido¹⁷ a la prohibición interpretándola en armonía con su teleología a fin de que esta, en realidad, produzca en el ordenamiento jurídico los efectos que su consagración pretendió, y no que devenga inane.

Porque debido a los los nuevos paradigmas constitucionales el juez deja de ser un mero operador que se limita a reproducir el silogismo jurídico, para en su lugar determinar, en el caso concreto, la aplicación correcta e idónea de la norma. El papel del juez en el marco del Estado Social de Derecho pasó de ser pasivo para convertirse en activo, especialmente a fin de propender por la garantía efectiva de los postulados superiores, bajo el entendido que “*La interpretación jurídica es la búsqueda de la norma, adecuada tanto para el caso como para el ordenamiento jurídico*”¹⁸.

Es por ello que a la luz de este postulado, la correcta hermenéutica del artículo constitucional (numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política) impone hacerla bajo el elemento teleológico o finalístico, que permite establecer el sentido o alcance del precepto atendiendo al propósito, esto es, consultando la razón de ser de su establecimiento.

Entonces, para sustentar la modificación de la jurisprudencia actual, se acude a tal interpretación, en el entendido de que el fundamento de prohibir que el candidato tenga parientes con potestades de autoridad pública no es otra que eliminar el nepotismo y el **establecimiento de dinastías familiares**¹⁹, **concomitantemente con impedir el desequilibrio o desventajas en la contienda**, razón por la cual se impone al juez electoral que prefiera la tesis que responda realmente a los requerimientos planteados por el constituyente.

Únicamente entendiendo la inhabilidad no de forma aislada, **sino de manera armónica, coherente y contextual con todo el ordenamiento jurídico que nos rige**, se consulta la efectiva garantía y materialización de los derechos y deberes consagrados en la Carta, que es fin de nuestro Estado Social de Derecho.

Entonces, ¿Cuál debe ser la interpretación del factor

17 “Al momento de interpretar la Constitución, la administración (al igual que los restantes operadores jurídicos) está obligada a considerar parámetros constitucionales de interpretación. En particular, ha de garantizarse que el ejercicio hermenéutico no conduzca a la ruptura de la unidad de la Constitución, ni al desconocimiento de los fines constitucionales, sean globales para todo el Estado o los precisos definidos en las normas que regulan las distintas instituciones jurídico-constitucionales. Corte Constitucional Sentencia SU –1122 de 2001

18 Zagreblesky, Ob cit. pág. 134

19 En efecto en la Gaceta Constitucional N° 79 en la página 16 se lee: “el régimen de inhabilidades debe además impedir que personas indignas lleguen a tales cargos y que se utilice la fuerza electoral de uno para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales”.

temporal de la inhabilidad, en aras de que se alcance la finalidad que previó el Constituyente?

Para dar respuesta a este interrogante, en uso de la interpretación sistemática o armónica antes descrita y con el objetivo de dotar de plena eficacia a la norma constitucional, **la Sala estima que la regla que se deriva de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Superior, es que aquella se entienda materializada si la autoridad política o civil por parte del pariente candidato se ejerce durante la época de candidatura del aspirante a ser elegido, que comienza con la inscripción de su nombre.**

En efecto, el proceso de elección comprende no sólo el día en que se llevan a cabo las votaciones, sino que comienza desde el momento mismo en el que se realiza la inscripción de la candidatura ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, pues es ahí cuando la sociedad tiene certeza de que aquel se convierte en candidato.

A este punto es necesario tener presente que el régimen electoral tiene rango constitucional. Si la inhabilidad atañe al candidato como sujeto pasivo de esta, se es candidato desde que se realiza la inscripción de la aspiración.

Así las cosas, el factor temporal de la inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional debe interpretarse circunscrito a este término, que se extiende a todo el período que comprende la campaña electoral, período en el cual el ejercicio de autoridad civil o política por parte del pariente puede presentar favorecimiento para su elección.

En conclusión, el indicado alcance del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, es que **se configura desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que se lleve a cabo la votación para la elección respectiva**

VI. Jurisprudencia anunciada

Aunque la Sala en la presente providencia está fijando la nueva tesis respecto del entendimiento a otorgarse a la inhabilidad que consagra el artículo 179–5 constitucional, aplicarla al sub examine implicaría alterar la confianza legítima²⁰ del demandado que se atuvo al tenor literal de la disposición, respaldada en el entendimiento que para la época de su candidatura tenía fijado la jurisprudencia de esta Corporación. Además, en el caso concreto el padre del demandado dejó de desempeñar el cargo de Secretario de Gobierno Distrital 10 meses antes de la fecha en que tuvo lugar la respectiva elección.

20 La confianza legítima, “entendida como las “expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto”, es un principio jurídico que encuentra fundamento en la buena fe, el respeto del acto propio y el principio de seguridad jurídica (sentencia T–295 de 1999”. (Valbuena Hernández, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. 2008. Pg 152.)

Por tanto, en preservación de la certeza y la seguridad jurídica que la norma y sus alcances deben conferir al ciudadano y al que ejercita su derecho político a ser elegido, ni aun estructurándose todos los elementos que según la nueva postura tipifican la prohibición, sería jurídicamente posible anular la presente elección que en este proceso se demandó.

A la luz del derecho es contrario a la justicia y seguridad jurídica que el juez imponga al elegido la carga desproporcionada de exigirle que debió prever a la hora de consolidar su aspiración a la Cámara de Representantes, consideraciones sobre su carencia o no de inhabilidades, bajo parámetros más allá del alcance que tenía fijado esta Sala en reiterados pronunciamientos anteriores, acerca del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del 179 Superior, que se circunscribía al día de las elecciones.

Esta Corporación²¹ ha insistido en que los procesos adelantados antes del respectivo cambio de postura, deben guiarse y tramitarse bajo la orientación interpretativa vigente a la época.

Entonces, aunque en esta providencia la Sala replantea la tesis según la cual el factor temporal de la prohibición que prevé el artículo 179–5 constitucional se circunscribía a ejercer autoridad civil o política únicamente el día de las elecciones, pues tal interpretación resta eficacia a la norma constitucional – contrariando la finalidad de la prohibición de garantizar la igualdad entre los candidatos y de evitar el nepotismo– y, por ende, ahora ha de entenderse que tal limitante cobija o abarca todo el período a partir desde el día de la inscripción de la candidatura, **tal postura no puede aplicarse** en elecciones que se consolidaron con anterioridad a la construcción de esta nueva tesis jurisprudencial de la Sección Quinta.

En una ponderación de situaciones entre la preservación del ordenamiento jurídico en abstracto por vía de nulidad electoral y el derecho de quien accedió a la función pública confiando en la certeza y constitucionalidad del párrafo segundo del numeral 8 de la Ley 5ª de 1992, debe prevalecer la seguridad jurídica.

Por tal razón, en este caso concreto no se puede analizar la demanda de nulidad de la elección del señor Inti Raúl Asprilla Reyes como representante a la Cámara por Bogotá, D. C., período 2014–2018 bajo el nuevo enfoque jurisprudencial, puesto que como quiera que éste se amparó en la jurisprudencia reiterada y unívoca de esta Corporación, lo que se impone es no dar prosperidad al cargo de nulidad atribuido al acto de elección.

Por lo tanto, el nuevo alcance hermenéutico según el cual la inhabilidad que consagra el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política se estructura cuando el ejercicio de autoridad por parte de los parientes del candidato se efectúe dentro del término comprendido entre el día de la inscripción

21 Entre otros ver, sentencia del 27 de marzo de 2014. Exp. 2000–00579. M. P. Danilo Rojas B y Sentencia del 12 de septiembre de 2013. Sección Quinta – Consejo de Estado. M. P. Alberto Yepes B. Exp. 2011–00775.

de la candidatura y el día de elecciones, **constituye a partir de este fallo jurisprudencia anunciada** que, como se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia, se aplicará para los siguientes comicios de Senado y Cámara de Representantes. No así al presente asunto toda vez implicaría desconocer el principio de confianza legítima del demandado.

VII. Dentro de este contexto, la Sala, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, concluye que si bien está demostrado que el padre del demandado (Guillermo Raúl Asprilla Coronado) se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito Capital de Bogotá, cargo en el cual ejerció autoridad civil y política, no puede predicarse que por ello se estructure la inhabilidad endilgada en la demanda, pues el señor Asprilla Coronado se retiró de dicho cargo el día 6 de mayo de 2013²², es decir, 10 meses antes de la elección (9 de marzo de 2014).

Tal situación, según la tesis imperante en ese momento, impidió que se configure la prohibición del artículo 179-5 constitucional, pues se requería que el ejercicio de autoridad se presente el mismo día de las elecciones.

En consecuencia, como se anticipó, se negarán las pretensiones de la demanda, toda vez que no se desvirtuó la presunción del acto acusado.

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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Juan Luis Pérez Escobar.

Segundo. Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes, es decir, las concernientes al período 2018-2022.

Tercero. Advertir a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Con Salvamento de Voto

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

Alfredo Beltrán Sierra

Conjuez

²² Decreto número 192 visible a folio 202 del expediente.

**CON SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO
CONGRESISTA – Por vínculo de parentesco con
funcionario que ejerza autoridad civil o política
/ CAMBIO JURISPRUDENCIAL – Desconoce
postulados básicos y va en detrimento del fin
perseguido de salvaguardar la igualdad y evitar
el nepotismo / INHABILIDAD POR VÍNCULO DE
PARENTESCO CON FUNCIONARIO QUE EJERZA
AUTORIDAD – La prohibición está dirigida al
congresista no al candidato**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales no comparto la decisión mayoritaria de la Sala, que si bien NEGÓ las pretensiones de la demanda, realizó un análisis y anunció el próximo cambio de jurisprudencia de la Sección Quinta en lo relacionado con el nuevo entendimiento que se le dará al numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política a partir de las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes para el periodo 2018–2022. En su decisión, la Sala mayoritaria indicó que, resulta necesario dar un viraje sobre el sentido de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional respecto a su tipificación solamente cuando el ejercicio de autoridad se realiza el día de las elecciones, por cuanto esto le resta eficacia a la disposición superior, desconoce postulados básicos en materia electoral y va en detrimento del fin perseguido de salvaguardar la igualdad y evitar el nepotismo. Según la posición mayoritaria del Consejo de Estado, la causal establecida en el numeral quinto del artículo 179 de la Carta Política no consagra un término a partir del cual se deba aplicar la inhabilidad, y de su simple lectura, sin necesidad de elucubración alguna, solo a partir de la semántica de la proposición y del tiempo en que está redactada –la conjugación en tiempo presente de los verbos rectores de la misma–, no hay lugar a dudas de que la prohibición recae sobre la coincidencia del momento en que el candidato se convierte en Congresista por un lado y el pariente, quien genera la inhabilidad, ejerce la autoridad civil y política, por el otro.

En razón a lo anterior, la discusión solamente podría generarse, tal como está redactada la norma, alrededor del momento en el que el candidato se convierte efectivamente en Congresista, esto es (i) el día de las elecciones porque es elegido por el pueblo, (ii) el día de la declaratoria de la elección por la Organización Electoral, porque es el momento en que la autoridad competente declara efectivamente la elección o, (iii) el día de la posesión, cuando el servidor inicia el ejercicio del cargo, en esta última posibilidad, deja de ser inhabilidad para convertirse en incompatibilidad. En cualquiera de esos tres eventos enunciados se parte de la base que la prohibición se aplica al Congresista, no al candidato o al candidato inscrito. En un Estado Social de Derecho, fundamentado en el positivismo, “sometido a la Constitución Política y a la Ley”, conforme se dispone en los artículos 4º, 6º y 230 de la Constitución Política, las limitaciones deben atender al estricto respeto a la “legalidad” o “constitucionalidad”, y teniendo en cuenta que se

trata de prohibiciones y limitaciones al ejercicio del poder político, estas normas deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de socavar derechos fundamentales de los ciudadanos como son los derechos políticos. En el fallo del que me aparto se impone un término arbitrario, que en la norma es inexistente, y es más gravoso que la interpretación de la semántica de la norma, y de la posición mayoritaria y actual del Consejo de Estado. En razón a todo lo anterior me veo obligada, con la reiteración de mi respeto, a separarme de la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil quince (2015)

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales no comparto la decisión mayoritaria de la Sala, que si bien NEGÓ las pretensiones de la demanda, realizó un análisis y anunció el próximo cambio de jurisprudencia de la Sección Quinta en lo relacionado con el nuevo entendimiento que se le dará al numeral 5 del artículo 179 de la Carta Política a partir de las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes para el periodo 2018–2022.

En su decisión, la Sala mayoritaria indicó que, resulta necesario dar un viraje sobre el sentido de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional respecto a su tipificación solamente cuando el ejercicio de autoridad se realiza el día de las elecciones, por cuanto esto le resta eficacia a la disposición superior, desconoce postulados básicos en materia electoral y va en detrimento del fin perseguido de salvaguardar la igualdad y evitar el nepotismo.

Para un mejor entendimiento de las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada en la Sala del 27 de abril de 2015, me permito plantear los siguientes temas, cuyo orden se presenta conforme fueron abordados en el fallo cuestionado: *i)* el Constituyente de 1991; *ii)* la Corte Constitucional; *iii)* la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena y; *iv)* la debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la C. P.

1. El Constituyente de 1991

La causal que la Sala mayoritaria pretende reinterpretar es la consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política que dispone:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas.

(...)

5º. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. (...)

En las reuniones de la Asamblea Nacional Constituyente se debatió con ahínco la propuesta de las causales de inhabilidad para los Congresistas elaborada por el Delegatario Luís Guillermo Nieto Roa, en la cual no se especificaba el grado de consanguinidad o afinidad del familiar que generaba la inhabilidad, sino simplemente se enunciaba la palabra parentesco, con lo cual se expresó en la sesión de 29 de abril de la Comisión Tercera: “(...) *en este caso sí parece excesivo, comunicarle una incapacidad a parientes que no están muy estrechamente vinculados. (...) Esta nueva figura de inhabilidad debe ser establecida con la mayor prudencia; desde luego hay siempre un margen de arbitrariedad, en considerar hasta donde deben llegar ese tipo de instituciones; pero el criterio debe ser más bien, el de ser muy continente y temperado en su establecimiento. (...) En lo que sí creo, es que debe ser mirado con mucho rigor, el caso de la concentración familiar del poder y por eso me atrevo a proponer (...) un artículo tercero que diga tampoco podrán ser elegidos en una misma circunscripción (...) personas vinculadas entre sí por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, el segundo de afinidad o primero civil; pero con la advertencia (...) de que esta inhabilidad debe cobijar a los miembros de una misma familia a lo largo del periodo constitucional correspondiente (...) yo propongo una simultaneidad jurídica, entendiendo que está vedada la elección de parientes, cuando existiendo, estando en curso el periodo de uno de ellos, se produce una elección para otro cargo o para una función pública, en la que intentaría obtener la investidura un pariente de quien ya está elegido”¹ (subrayas y negrillas fuera de texto).*

Como se observa, el propósito de la disposición hoy en comento, era establecer una prohibición de elegibilidad como Congresista, de quien tuviera parientes ejerciendo un cargo y así evitar que desarrollaran actividades simultáneamente, soslayando así el impedimento de concentrar y acumular poder en un solo grupo de familiares. El anterior entendimiento se completa advirtiendo que, evidentemente al no ejercer los familiares al mismo tiempo funciones públicas, no hay lugar a la inhabilidad, situación que se presenta cuando el familiar del que se predica la inhabilidad renuncia antes de la elección del Congresista, pero lo que allí se consagró – atendiendo el elemento histórico– para evitar el desempeño coetáneo, es al momento de la adquisición de la condición de congresista: el día de la posesión.

2. La Corte Constitucional

Si bien el alto Tribunal no ha tenido un pronunciamiento directo sobre el precepto consagrado en el numeral 5 del

artículo 179 de la C. P., tampoco en otras decisiones ha desvirtuado el contenido o núcleo duro de tal disposición. Por ejemplo, en la sentencia C-415 de 1994, al conocer sobre la constitucionalidad de algunas inhabilidades contempladas en el estatuto de contratación – Ley 80 de 1993– afirmó:

“(…), es común a las prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 de la C. P., se elimina la posibilidad de ser congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. **También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo.** No obstante, esta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra **que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia.** No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse”.

A su vez, merece la pena recordar los razonamientos que realizó la Corte Constitucional en su sentencia C-093 de 1994, aunque referidos a la inhabilidad del numeral 8 del artículo 179 de la C. P., se debe insistir en que la causal impone la prohibición de ser Congresista, calidad que conforme a la reiterada jurisprudencia tanto del Máximo Órgano Constitucional como del Contencioso Administrativo, sólo se adquiere el día en que se es elegido y aunado a que, como se dijo, el propósito de tal impedimento es que se acumulen funciones o poderes estatales en un mismo núcleo parental, resulta obvio que al dejar de desempeñar el familiar que genera la inhabilidad tal función, no existirá ya conjunción o acumulación de cargos o dignidades en la función pública. La Corte dijo: “... *cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, (...)*”. Lo anterior también significa que si el familiar que ejerce autoridad civil o política que está generando la inhabilidad cesa en su desempeño cuando el Congresista entra a ejercer su función, cesa también la prohibición que pende en cabeza del elegido legislador para iniciar el ejercicio de su cargo.

Por otra parte razonó la Corte que el ejercicio del cargo se da, “(...) *cuando en realidad un individuo específicamente desarrolla, dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los periodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma, sino que*

¹ Antecedentes Artículo 179 de la Constitución Política, Biblioteca Consejo de Estado, págs. 11 y 12.

dependen del acto condición en cuya virtud alguien entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de estas.” Así, en punto al desempeño simultáneo de funciones públicas por parte de dos parientes, para que se configure la inhabilidad se requiere el ejercicio efectivo del cargo por parte de quien genera la inhabilidad para que se prohíba el acceso al cargo de Congresista y así darle la verdadera entidad y sentido a la causal cual es evitar la acumulación de dignidades y poderes en un solo núcleo familiar. Si uno de los extremos implicados en el supuesto normativo del numeral 5 del artículo 179 de la C. P. deja de desplegar autoridad civil o política antes de que el elegido ejerza como Congresista obviamente no habrá acumulación de poderes o funciones en una misma familia.

En palabras de la Corte, una persona puede haber iniciado su periodo, y se agrega en este caso haber ejercido autoridad civil o política y haberla interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada, cesando el desarrollo concreto y real del cargo o destino público correspondiente, ocasionando con la mencionada dimisión la desactivación de la prohibición frente a quien pretenda desempeñarse como Congresista.

Ya esta Corporación ha admitido que la renuncia aceptada constituye vacancia absoluta y por consiguiente, una vez configurada frente a quien ejercía autoridad civil o política, bien puede posesionarse como Congresista el elegido, y NO puede predicarse en esa eventualidad que dos familiares concentren entonces poderes o funciones públicas, imposibilitando el encuadre fáctico y normativo en el numeral 5 del artículo 179 de la C. P.

3. La jurisprudencia de la Sección Quinta y de la Sala Plena del Consejo de Estado

De tiempo atrás, la Sala Electoral ha adoptado un criterio uniforme y consolidado hasta el día de hoy, sobre la temporalidad de la prohibición de ejercer la clase de autoridad inhabilitante consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la C. P. En efecto, en la sentencia de 24 de noviembre de 1999 dentro de los expedientes 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914, la Sección estableció que para configurar la causal se requería especialmente el “*ejercicio de autoridad por parte del pariente en el momento de la elección*”. Posteriormente, en providencia de 22 de marzo de 2007 (Rad. 4001–4005) se afirmó que “*la prohibición inmersa en la causal estudiada (...) se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones (...)*”. Posición reiterada en fallos de 8 de mayo de 2008 (Exp. 4060), de 6 de julio de 2009 (Exp. 4056) y 31 de julio de 2009 (Exp. 0240).

A su turno, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 20 de febrero de 2012, en virtud de un asunto llevado por importancia jurídica dentro del expediente 11001–03–28–000–2010–00063–00(IJ)², también había reiterado y acogido el criterio desarrollado por la Sala Electoral. Allí se explicó

que las inhabilidades consagradas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 179 de la Constitución, se caracterizan porque las distintas circunstancias incapacitantes tienen aplicación en un tiempo o término específico. En otros casos, como la condena penal, la pérdida de la investidura o la doble nacionalidad, la prohibición se aplica en forma intemporal, pero en cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 Constitucional, se presenta una situación particular, por cuanto expresamente no se fija un término dentro del cual opera la prohibición allí contenida y la estructura gramatical del numeral conlleva el entendimiento de que el hecho invalidante que se predica del familiar de quien aspira a ser elegido se presente en el momento justo de la elección.

En efecto, el verbo “ejercer” que rige la conducta referida a la autoridad civil o política, está conjugado en presente, en armonía con el encabezado del artículo 179, según el cual “*No podrán ser congresistas: (...)*”, lo cual permite concluir que el ejercicio de autoridad que inhabilita para ser elegido Congresista, es aquel que se concreta el día de las elecciones.

Y, en el 2011 ya había dicho:

“La causal quinta de inhabilidad del art. 179 C. P. ofrece un problema adicional, que no tienen otras causales del mismo artículo. **No señala el tiempo desde cuándo o hasta cuándo opera la inhabilidad**, lo que puede dar lugar a múltiples respuestas.

Otras causales de inhabilidad, en cambio, señalan, con precisión y rigor, aspectos como estos: que dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección no podrán ser congresistas determinadas personas, o que no podrán serlo quienes hubiesen sido condenados penalmente en cualquier época, o quienes hubieren intervenido en ciertos negocios, durante los 6 meses anteriores a la fecha de la elección, entre otros eventos; en cuyos casos la fecha a partir de la cual se empieza a contar la inhabilidad y el día en el cual cesa son claros y determinados por la misma norma.

(...) Así, por ejemplo, la Corporación ha manifestado que el régimen de inhabilidades, en esta causal, opera antes de la elección correspondiente y no con posterioridad a ella, porque se trata de condiciones de inelegibilidad para un cargo, según lo establece la Ley 5 de 1992, al prescribir que las inhabilidades tienen como propósito evitar que sea elegido congresista quien se encuentre incurso en ellas.

(...) Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘... no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió

² Magistrada Ponente Doctora Susana Buitrago Valencia.

desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992 –Ley Orgánica que contiene el reglamento del Congreso–, según el cual ‘No podrán ser elegidos Congresistas’ quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso.³

Y, con anterioridad en el año 2007 la Sala Plena argumentó:

“Justamente, cuando cualquiera de las formas de autoridad ha estado directamente en manos del Congresista la inhabilidad se extiende a los doce meses anteriores la fecha de la elección, de seguro porque el lapso del tiempo ayudará a desvanecer la plusvalía que en términos electorales significa para el ex funcionario haber contado con el ejercicio de autoridad y a través de ello de factores de poder derivados del Estado y que le brindan a su titular una atracción electoral que vulnera el derecho a la igualdad de todos los aspirantes a llegar por las vías democráticas al poder político. Cuando el ejercicio de esa autoridad no ha estado en cabeza del Congresista sino en manos de su cónyuge o compañero (a) permanente o en cualquiera de sus parientes en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, el constituyente opta por reducir notablemente el término de la inhabilidad, tal como acontece en la causal de inhabilidad del numeral 5, llevándolo únicamente al día de las elecciones, lo cual se infiere del tiempo en que se conjuga el verbo ejercer.

Ciertamente, al decir la causal 5ª en su parte respectiva que la relación conyugal, de compañero (a) permanente o de parentesco debe darse con funcionarios que ejercen autoridad civil o política, está revelando que la conjugación del verbo ejercer está en presente y que ese tiempo coincide con el de las

elecciones puesto que se armoniza con el encabezado del artículo 179 Constitucional que expresa: No podrán ser congresistas, de tal manera que la prohibición inmersa en la causal estudiada se desarrolla única y exclusivamente el día de las elecciones, ya que se es Congresista en ese día, porque es al cabo de la jornada electoral cuando se configura el evento constitutivo del derecho, así el acto administrativo que declara la elección sobrevenga días después, pues se trata de un acto meramente declarativo de una decisión popular asumida el día de las elecciones”⁴.

E igualmente había razonado así:

“Finalmente, en cuanto a la cuarta condición, prevista en el artículo 179.5 C. P., relativa al tiempo, anterior o posterior, durante el cual opera la inhabilidad, resulta que la norma no es explícita sobre el tema, como sí lo es frente a otras causales, de similar estructura (...)

En cambio, la causal 5, objeto de análisis, no tiene previsto un plazo, anterior o posterior, durante el cual deba aplicarse, y sólo se limita a decir que no podrá ser congresista quien se encuentre dentro de los grados de relación o parentesco que allí se mencionan con quien ejerce alguno de los tipos de autoridad allí señalados.

Por lo anterior y, en primer lugar, hay que definir el momento, a partir del cual, la cónyuge del hoy congresista debió estar desvinculada del cargo.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional establece que ‘no podrá ser congresista’ quien tenga la relación de parentesco por ella prevista, entonces entiende la Sala que la señora Robayo debió desvincularse del cargo, a más tardar para el día de la elección, es decir, el 12 de marzo de 2006.

Esta idea se refuerza por lo previsto en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992 –Ley Orgánica que contiene el reglamento del Congreso–, según el cual ‘... No podrán ser elegidos Congresistas...’ (negritas fuera de texto) quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución.

Este artículo clarifica que la inhabilidad constituye un impedimento para ‘ser elegido’, circunstancia que, en términos de esta causal, se presenta el día en que se realizan las elecciones, al margen de la posterior formalización de los resultados, mediante actos administrativos, que corresponden a la Organización Nacional Electoral.

³ Sentencia Sala Plena de 15 de febrero de 2011, Exp. 2010–01055 PI, M. P. Enrique Gil Botero.

⁴ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes acumulados: 110010328000200600067, 20000071, 200600072, 200600073, 200600075 y 200600076–00 (4001, 4005, 4006, 4007, 4009 y 4010). Actor: Luis Oscar Rodríguez Ortiz y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Cundinamarca.

En síntesis, a más tardar, para la fecha de la elección de Congreso, cosa que se efectuó el 12 de marzo de 2006, la cónyuge del demandado debía estar desvinculada del cargo, circunstancia que se cumplió, pues, incluso, renunció al mismo a partir del primero de febrero de 2006, días antes de la inscripción de su esposo como candidato al Congreso”⁵.

En este orden de ideas, es claro que la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional, en lo que al tiempo de su aplicación atañe, únicamente se configura si se acredita que el pariente del congresista, ejerció autoridad civil o política el día de las elecciones⁶.

Para que pudiera prosperar la tesis de la mayoría de la Sala, sería necesaria una modificación constitucional que determine concretamente un término, que podría variar entre los doce meses establecidos en la misma norma para las otras causales inhabilitantes, o las consagradas para los miembros de corporaciones públicas de elección popular territorial (Concejales y Diputados) o desde el momento de la inscripción como candidatos, o cualquier otra fecha a juicio del constituyente.

4. La debida inteligencia de la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la C. P.

El concepto de inhabilidad, cuyo origen puede ser Constitucional o legal, como de manera reiterada lo han admitido jurisprudencia y doctrina, implica: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, e imposibilita el ejercicio de las funciones. Las causas que la producen son de diferente orden y especie, obedeciendo generalmente a razones de tipo natural, jurídico o moral (indignidad, condena penal, responsabilidad disciplinaria, fallo judicial de repetición, parentesco, relaciones legales, etc.) entre otras, la incursión en ellas constituye, en el caso particular del numeral 5 del artículo 179 C. P. para los Congresistas la imposibilidad de ser elegido, y la consecuencia, que de serlo, se anule su elección, se le quite la investidura, o se le sancione penal o disciplinariamente.

En el ordenamiento jurídico Colombiano las inhabilidades son prohibiciones que restringen el acceso a la función pública; son condiciones que establecieron el Constituyente y el legislador para acceder a los cargos públicos con la finalidad de salvaguardar los principios y los intereses de la administración pública, poniendo exigencias que garanticen el acceso a la administración pública de ciudadanos con comportamiento ejemplar, que poseen ciertas cualidades y condiciones que aseguren la gestión de los intereses comunitarios con criterios

de moralidad, imparcialidad, eficiencia e igualdad, y que antepongan los intereses personales a los generales.

Así, en la normatividad existen causales inhabilitantes de rango Constitucional y legal, que resultan aplicables a cualquier servidor público, y otras específicas para acceder a ciertos cargos, todas ellas generadoras de dos necesarias consecuencias: i) la nulidad del nombramiento o elección⁷ y ii) la sanción disciplinaria⁸, pero, además, en algunos eventos con otras consecuencias como la de pérdida de investidura – para miembros de Corporaciones Públicas–, la incursión en un delito sancionable penalmente⁹, y la imposibilidad de acceder a cualquier cargo público o contrato con entidad estatal¹⁰.

Entre las inhabilidades de rango Constitucional se encuentran las establecidas para los congresistas (artículo 179); para los aspirantes a contralores departamentales, distritales y municipales, en cuanto no podrán serlo quienes hayan sido miembros de las corporaciones o entidades territoriales del respectivo departamento, distrito o municipio, o contralores en esos mismos entes territoriales dentro del año inmediatamente anterior a su elección, extendiéndose esta inhabilidad para estos servidores por un año más allá de la dejación del cargo (artículo 270); para los miembros de las corporaciones públicas territoriales quienes no pueden aceptar cargo alguno en la administración pública (artículo 291); y, la prevista para todos los ciudadanos en el inciso final del artículo 122 de la Carta.

En cuanto a las inhabilidades de carácter legal existen múltiples disposiciones que las consagran de manera general algunas y específicas otras; entre las primeras, a manera de ejemplo, las contempladas en los artículos 36 a 38 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único; las del artículo 150 de la Ley 270 de 1996 aplicables a quienes aspiren a ejercer cargos en la rama judicial.

La Corte Suprema de Justicia la definió como “aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros”¹¹.

Tal prohibición, (inhabilidad), supone circunstancias consagradas por el ordenamiento jurídico que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, cuya finalidad y objetivo primordial es lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Es decir es una medida de asepsia y purificación de los individuos que acceden

5 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de enero de 2007. Exp. 706–01.

6 Ver entre muchas, Sentencia de 17 de julio de 2012. Exp. (acumulados) 11001–03–15–000–2011–00438–00(PI) y 11001– 03–15–000–2011–00357–00(PI). M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Acción de Pérdida de Investidura.

7 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, artículo 275.5.

8 Artículo 48.17 del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

9 Artículo 408 el Código Penal, Ley 599 de 2000

10 Artículo 122 de la Constitución Política

11 Sentencia de 9 de junio de 1988, M. P. Fabio Morón Díaz.

al órgano legislativo y en general a los cargos o funciones públicas, de carácter personal y subjetiva.

Así, las inhabilidades dependerán de su configuración normativa, dándoles efectos generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; o específicos, para una determinada entidad o rama del poder; limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Es decir sus características y operatividad están determinadas por el propio ordenamiento que las consagra, en atención a su carácter limitador y restrictivo en la actuación de los individuos.

Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, pero con mayor razón aquellas por ser limitantes, deben estar consagradas en forma previa, expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, para el ingreso o desempeño a cada servicio público. Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en torno a la individualización de las calidades, *“es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público (...), el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales. Se pretende pues, que en los servidores públicos concurren los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado.”*¹²

La finalidad de las inhabilidades es, en últimas, garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas; y una salvaguarda de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

Por tanto, al revisar el dispositivo constitucional inhabilitante la Corporación ha observado tradicionalmente que no contiene determinación alguna sobre su aplicación temporal en cuanto al ejercicio de autoridad por parte del familiar que genera la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, por lo que en mi parecer mal puede la Sección Quinta en este caso completar la disposición señalando término alguno.

En efecto, con el mayor comedimiento considero que la Sala en este punto, desbordó sus facultades legales y constitucionales por cuanto su papel de juez, si bien le permite moverse en márgenes más o menos amplios de interpretación y hermenéutica cuando la norma es oscura o presente confusión, lo cierto es que el numeral 5 tantas veces mencionado en este caso concreto, no presenta *per se* una inconsistencia que amerite el ejercicio de un poder creador del juez en términos “Hartianos”¹³ y mucho menos que lo obligue a realizar

elucubraciones muy finas acudiendo a todo el expediente argumentativo sobre los diferentes tipos de interpretación para intentar darle un sentido a la norma que a simple vista y bajo un razonamiento sencillo no tiene, y con el agravante de que la inteligencia de la disposición ya ha sido fijada con autoridad por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de su labor unificadora, en la sentencia de 20 de febrero de 2012, dentro del proceso de nulidad electoral 2010–00063–00, y si bien, en mi opinión, tal concepto no sería aplicable a la nulidad electoral por cuanto en tratándose de acciones de pérdida de investidura, el razonamiento gira en torno a una determinación subjetiva de la conducta, mientras que en la acción electoral sería puramente objetiva por referirse a la defensa de la legalidad superior, la postura mayoritaria del Consejo de Estado – (que no comparto) supone que el análisis es el mismo en las dos acciones a efectos de estructurar y calificar la actuación irregular y de allí derivar la consecuencia jurídica respecto al cargo ejercido, cual es la anulación de la elección o la pérdida de la investidura.

5. Conclusiones

1. Según la posición mayoritaria del Consejo de Estado, la causal establecida en el numeral quinto del artículo 179 de la Carta Política no consagra un término a partir del cual se deba aplicar la inhabilidad, y de su simple lectura, sin necesidad de elucubración alguna, solo a partir de la semántica de la proposición y del tiempo en que está redactada –la conjugación en tiempo presente de los verbos rectores de la misma–, no hay lugar a dudas de que la prohibición recae sobre la coincidencia del momento en que el candidato se convierte en Congresista por un lado y el pariente, quien genera la inhabilidad, ejerce la autoridad civil y política, por el otro.
2. En razón a lo anterior, la discusión solamente podría generarse, tal como está redactada la norma, alrededor del momento en el que el candidato se convierte efectivamente en Congresista, esto es (i) el día de las elecciones porque *ES ELEGIDO POR EL PUEBLO*, (ii) el día de la declaratoria de la elección por la Organización Electoral, porque es el momento en que la autoridad competente declara efectivamente la elección o, (iii) el día de la posesión, cuando el servidor inicia el ejercicio del cargo, en esta última posibilidad, deja de ser inhabilidad para convertirse en incompatibilidad.
3. En cualquiera de esos tres eventos enunciados se parte de la base que la prohibición se aplica al Congresista, no al candidato o al candidato inscrito.
4. En un Estado Social de Derecho, fundamentado en el positivismo, “sometido a la Constitución Política y a la Ley”, conforme se dispone en los artículos 4º, 6º y 230 de la Constitución Política, las limitaciones deben atender al estricto respeto a la “legalidad” o “constitucionalidad”, y teniendo en cuenta que se trata de prohibiciones y

¹² C–509 de 1995.

¹³ Sobre este punto ver “El debate Hart – Dworkin”, Siglo del Hombre

Editores, Universidad de los Andes, Bogotá 2000, pg. 19.

limitaciones al ejercicio del poder político, estas normas deben ser interpretadas restrictivamente, so pena de socavar derechos fundamentales de los ciudadanos como son los derechos políticos.

5. En el fallo del que me aparto se impone un término arbitrario, que en la norma es inexistente, y es más gravoso que la interpretación de la semántica de la norma, y de la posición mayoritaria y actual del Consejo de Estado.

En razón a todo lo anterior me veo obligada, con la reiteración de mi respeto, a separarme de la decisión tomada por la mayoría de la Sala.

Fecha *ut supra*

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

**INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA
– Intervención en gestión de negocios
ante entidad pública dentro de los seis
meses anteriores a la fecha de elección /
INTERVENCIÓN EN GESTIÓN DE NEGOCIOS –
Presupuestos configurativos de esta causal de
inhabilidad**

La inhabilidad que consagra el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, que prohíbe a quienes aspiren a ser Congresistas lo siguiente: “Artículo 179. No podrán ser congresistas: (...) 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección. (...) Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones. Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.” Esta prohibición encierra tres aspectos. El temporal: referido a la época en que debe haberse presentado la actuación prohibida –6 meses anteriores a la elección–; el material: que atañe a participar en trámites negociales ante autoridades públicas en interés propio o de terceros; y el del lugar de ocurrencia del hecho: que la situación haya acaecido en la circunscripción en la cual deba efectuarse la elección del Representante.

Como reiteradamente lo ha considerado la jurisprudencia, la estructuración de este motivo de inhabilidad requiere que se acredite, durante los 6 meses previos a la elección, la participación activa del demandado a través de diligencias conducentes al logro de un negocio que le reporte beneficios a él o a un tercero, bien de carácter lucrativo, bien de índole extrapatrimonial, y ante entidades públicas –independientemente del orden de estas–, pero siempre acaecidas en el marco de la circunscripción en la que ha de surtir la elección. Es necesario precisar que la gestión de negocios a la que se refiere la norma no necesariamente exige para su configuración que las diligencias que efectivamente se hayan concluido en la suscripción del contrato o celebración del negocio, pues lo relevante de la prohibición es evitar, impedir la ventaja electoral que a un aspirante, en este caso a la Cámara de Representantes, puede derivarle el hecho de participar en tales asuntos (independientemente de su resultado), por la cercanía que le confiere a los elementos de poder frente a los demás candidatos que no tienen las mismas posibilidades para relacionarse con el sector oficial, y lo que de ello puede trascender a la comunidad electora. No desconoce esta Sala la posibilidad de que en determinadas y especiales circunstancias pueda ampliarse el escenario de la causal a que también por la “gestión de negocios” se pueda presentar al vincularse el

candidato en el desarrollo de un convenio, por ejemplo cuando para ejecutar éste se deba a su vez contratarse personal, etc., es decir se da cabida a que según las características de la situación descrita en la demanda, haya de examinarse en cada caso la naturaleza de las diligencias de un trámite negocial, sin que necesariamente tenga que corresponder a antecedentes de la consolidación de un contrato, sino a actuaciones posteriores a éste. Ello en consideración a que siempre lo verdaderamente relevante por establecer es si un aspirante durante la etapa de candidatura puso en desequilibrio la campaña de los demás candidatos por cuenta de haber tenido él la ocasión de vincularse con el poder público que a su vez le pudieran permitir beneficiarse de ello logrando ascendente ante la comunidad electora.

Fuente formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 3

**INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA
– Intervención en gestión de negocios ante
entidad pública dentro de los seis meses
anteriores a la fecha de elección / INHABILIDAD
DE REPRESENTANTE A LA CÁMARA –
Improcedencia. No se demostró la inhabilidad
por intervención en gestión de negocios**

Le corresponde a la Sala determinar si el acto de elección acusado está viciado de nulidad porque según lo afirma el actor, el demandado incurrió en la inhabilidad que prevé el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en atención a que dentro de los seis meses anteriores a la elección, intervino en gestión de negocios ante autoridades públicas, con ocasión de la ejecución del contrato interadministrativo No. 0015 de 25 de enero de 2013 suscrito entre la Gobernación del departamento del Amazonas (Secretaría de Salud Departamental) y el Hospital San Rafael de Leticia ESE y, del contrato sindical No. 0034 del 1º de febrero de 2013 suscrito entre el Hospital San Rafael de Leticia ESE y el Sindicato Gremial de Trabajadores de la Salud del Amazonas. En el sub examine el contrato interadministrativo al que alude el demandante tenía por objeto la prestación de servicios de salud en todo el departamento del Amazonas. Su ejecución “por interpuesta persona” que le atribuye al señor Benjumea en tanto se lo señala de haber sido él “verdadero contratista” y “ejecutor” del contrato sindical No. 0034 de 1º de febrero 2013 a su vez celebrado para desarrollar el primero, es la actuación que califica como “gestión de negocios”. Pero tal imputación no cuenta con respaldo probatorio acerca de la participación del señor Benjumea como real ejecutor contractual. El proceso está huérfano de demostración que pueda conducir a dar por estructurada la causal de inhabilidad en la cual se pueda considerar incurso al demandado. Tal situación impone la improsperidad de las súplicas de la demanda.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00021-00

Actor: Sergio David Becerra Benavides

Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Amazonas

Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Sergio David Becerra Benavides, respecto del acto de elección del señor Eduar Luis Benjumea Moreno como Representante a la Cámara por el departamento del Amazonas contenido en el formulario E-26 CAM del 14 de marzo de 2014.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

El señor Sergio David Becerra Benavides solicitó:

“1. Que se declare nulo parcialmente el acto administrativo proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil Formato E26-CAM del día 14 de marzo de 2014 mediante el cual se declara la elección de los representantes a la Cámara por el departamento de Amazonas, para el periodo 2014-07-20 a 2018-07-20, respecto del candidato electo para dicho periodo señor Eduar Luis Benjumea Moreno, del partido liberal colombiano, por la causal contemplada en el artículo 275 numeral 5 (sic) de la ley 1437 de 2011.”

1.2. Hechos

Como fundamentos fácticos, en síntesis, sostuvo lo siguiente:

- Que entre la Gobernación del departamento del Amazonas (Secretaría de Salud Departamental) y el Hospital San Rafael de Leticia ESE se suscribió el contrato interadministrativo de prestación de servicios No. 0015 de 25 de enero de 2013, que tuvo por objeto desarrollar *“el plan de intervenciones colectivas en municipios y corregimientos del departamento del Amazonas”* por parte de dicha empresa.
- Que por conducto de su Gerente, el Hospital San Rafael de Leticia ESE subcontrató la ejecución del precitado contrato interadministrativo con el Sindicato Gremial de Trabajadores de la Salud del Amazonas, mediante contrato colectivo sindical No. 0034 del 1º de febrero de 2013¹.
- Que pese a que el demandado no representó a las partes que suscribieron el contrato interadministrativo ni el

contrato sindical, éste fungió como *“como verdadero contratista”* para la ejecución de dichos negocios jurídicos. Ello en consideración a que adelantó *“labores de manejo de personal y de gestión de recursos de ejecución”*, en tanto reiteradamente manifestaba al personal médico que desarrollaba las labores objeto del contrato que *“él era el cuñado del Gobernador y que él podía hacer que contrataran o despidieran a cualquiera y que quien no colaborara con él, se le cerrarían las puertas en la Gobernación porque él tenía el poder para hacerlo”*, y además, por cuanto *“se estaba lucrando de dicho contrato”*.

- Que esta situación se extendió hasta el mes de octubre de 2013, momento en que se dio por terminado el contrato interadministrativo referido.
- Que al momento de su elección como Representante a la Cámara por el departamento del Amazonas, el señor Benjumea se hallaba incurso en la inhabilidad que prevé el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en tanto durante los seis meses anteriores a la elección, intervino en gestión de negocios ante autoridades públicas.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

- Que el acto de elección desconoció el numeral 3 de artículo 179 constitucional. Consideró el actor que dentro de los 6 meses anteriores a la elección, el señor Benjumea *“gestionó el contrato a nombre de un tercero”* pues participó como *“verdadero contratista”* en la ejecución del contrato interadministrativo No. 0015 de 25 de enero de 2013 y del contrato sindical No. 0034 de 1º de febrero de 2013, dada la influencia que tuvo por su cercanía con el gobernador del departamento del Amazonas que le permitió obtener *“ventaja sobre sus competidores políticos”* e incluso *“aprovechó su posición para ejercer presión entre las personas vinculadas en el contrato para ayudarlo en su campaña política”*.

1.4. Contestación a la demanda

Por intermedio de apoderado judicial, el señor Eduar Luis Benjumea Moreno contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Sustentó su defensa en los siguientes argumentos:

- Que los contratos cuya ejecución invoca el actor como constitutiva de la gestión de negocios, fueron suscritos el menos diez meses antes de la elección, luego tal fecha no encaja en el límite temporal establecido constitucionalmente para hallarse incurso en la causal de inhabilidad a él atribuida.
- Que *“no es posible atribuir la gestión de negocios como causal de inhabilidad a las actividades desplegadas para el cumplimiento de las prestaciones derivadas del acuerdo de voluntades, como quiera que el fin último de la gestión de negocios, que es la celebración del contrato, ya se obtuvo”*.

¹ Fls. 31-37.

2. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por auto del 29 de mayo de 2014, ordenándose las notificaciones de rigor al señor Eduar Luis Benjumea Moreno, al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, al señor agente del Ministerio Público y al demandante.

Una vez realizadas las anteriores notificaciones, mediante proveído de 1° de septiembre de 2014 se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esta se llevó a cabo el día 29 de septiembre siguiente y tuvo como objeto proveer al saneamiento del trámite, fijar el objeto del litigio y decretar pruebas.

Por su parte, la audiencia de pruebas se desarrolló el 19 de noviembre del mismo año y el 4 de febrero de 2015 en la que se practicaron el interrogatorio de parte al demandado y la ratificación de las declaraciones extrajudiciales rendidas por las señoras María Yoelis Marapara Caisara y Roxi Leandra Ramos Suárez ante la Notaría Única del Círculo de Leticia.

3. ALEGATOS DE LAS PARTES

3.1. En el alegato de conclusión el **actor** insistió en que el demandado incurrió en la inhabilidad endilgada que vicia su elección como Representante a la Cámara, lo cual encuentra probado de las declaraciones extrajudiciales que allegó con la demanda de las que afirma, tienen pleno valor probatorio por no haber sido controvertidas (fls. 328–338).

Señaló que del interrogatorio de parte y de los testimonios recepcionados se puede establecer que el demandado participó en una reunión en el Hospital San Rafael de Leticia junto al Gerente de dicha Empresa Social del Estado, situación que da cuenta de su injerencia en el contrato que dicha entidad debía desarrollar.

Insiste en que el señor Benjumea era la persona que se lucraba del referido contrato, afirmación que sustenta de la grabación magnetofónica que aportó con la demanda, de la que aprecia que éste conocía de los pagos que se le hacía al personal médico que ejecutaba el contrato de salud en el departamento del Amazonas. Que dicha prueba es válida en tanto no fue discutida por el demandado.

3.2. Dentro de la oportunidad procesal, el **demandado** por conducto de su apoderado judicial presentó escrito de alegatos que se pueden sintetizar de la siguiente manera (fls. 348–357):

Que la grabación magnetofónica es nula de pleno derecho y debe ser excluida de plano de la actuación procesal tal y como lo establece el artículo 214 del CPACA, por cuanto se obtuvo con violación al derecho fundamental a la intimidad, no da cuenta de las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se logró, se desconoce su autoría y no identifica a los protagonistas del diálogo.

Que la reunión llevada a cabo en el Hospital San Rafael de la ciudad de Leticia a la que alude el demandante, se llevó a cabo en el mes de agosto de 2013, es decir por fuera del periodo inhabilitante.

Que debe prescindirse de las declaraciones extrajudiciales aportadas al plenario, por cuanto estas no fueron ratificadas por las llamadas a testimoniar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, recorrió el traslado especial. En su concepto puntualizó:

Que teniendo en cuenta la fecha de suscripción de los contratos cuya ejecución atribuye el demandante al señor Benjumea, el cargo de la demanda por incurrir en la inhabilidad atribuida no está llamado a prosperar, pues la presunta gestión no ocurrió dentro del límite temporal al que refiere la prohibición constitucional.

Que la gestión de negocios obedece a una actividad dinámica y externa con miras a la suscripción de los contratos aludidos tal y como lo ha considerado la jurisprudencia. Que en el caso en examen no existe prueba que permita concluir que esta se realizó por el elegido.

Señaló que la retractación que realizaron las deponentes al momento de ratificar las declaraciones extrajudiciales rendidas extraprocesalmente, hace que estas carezcan de cualquier valor demostrativo.

Con fundamento en tales razonamientos solicita se desestimen los argumentos del demandante y se nieguen sus pretensiones.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999² –Reglamento del Consejo de Estado–, a esta Sala compete conocer en única instancia de esta demanda.

2. El acto acusado

Lo constituye el formulario E–26 CAM del 14 de marzo de 2014 del Consejo Nacional Electoral mediante el cual se declaró la elección del señor Eduar Luis Benjumea Moreno como Representante a la Cámara por el departamento del Amazonas, período constitucional 2014–2018.

3. Del problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si el acto de elección acusado está viciado de nulidad porque según lo afirma el

² Modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003.

actor, el demandado incurrió en la inhabilidad que prevé el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en atención a que dentro de los seis meses anteriores a la elección, intervino en gestión de negocios ante autoridades públicas, con ocasión de la ejecución del contrato interadministrativo No. 0015 de 25 de enero de 2013 suscrito entre la Gobernación del departamento del Amazonas (Secretaría de Salud Departamental) y el Hospital San Rafael de Leticia ESE y, del contrato sindical No. 0034 del 1º de febrero de 2013 suscrito entre el Hospital San Rafael de Leticia ESE y el Sindicato Gremial de Trabajadores de la Salud del Amazonas.

Para ello, habrá de establecerse si el supuesto de hecho en que se fundamenta la atribución de esa causal, esto es, el haber participado en nombre de un tercero en la ejecución de tales contratos, tuvo ocurrencia en el periodo inhabilitante y a partir de allí determinar si esa vinculación, en efecto, tipifica o no la inhabilidad atribuida.

3.1. De la causal de inhabilidad atribuida

Corresponde a la que consagra el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, que prohíbe a quienes aspiren a ser Congresistas lo siguiente:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5” (lo resaltado fuera de texto).

Esta prohibición encierra tres aspectos. El temporal: referido a la época en que debe haberse presentado la actuación prohibida –6 meses anteriores a la elección–; el material: que atañe a participar en trámites negociales ante autoridades públicas en interés propio o de terceros; y el del lugar de ocurrencia del hecho: que la situación haya acaecido en la circunscripción en la cual deba efectuarse la elección del Representante.

Como reiteradamente lo ha considerado la jurisprudencia, la estructuración de este motivo de inhabilidad requiere que se acredite, durante los 6 meses previos a la elección, la participación activa del demandado a través de **diligencias conducentes al logro** de un negocio que le reporte beneficios a él o a un tercero, bien de carácter lucrativo, bien de índole extrapatrimonial, y ante entidades públicas –independientemente del orden de estas–, pero siempre acaecidas en el marco de la circunscripción en la que ha de surtirse la elección.

Es necesario precisar que *la gestión de negocios* a la que se refiere la norma no necesariamente exige para su configuración que las diligencias que efectivamente se hayan concluido en la suscripción del contrato o celebración del negocio, pues lo relevante de la prohibición es evitar, impedir la ventaja electoral que a un aspirante, en este caso a la Cámara de Representantes, puede derivarle el hecho de participar en tales asuntos (independientemente de su resultado), por la cercanía que le confiere a los elementos de poder frente a los demás candidatos que no tienen las mismas posibilidades para relacionarse con el sector oficial, y lo que de ello puede trascender a la comunidad electora³.

En el *sub judice* el demandante considera que se configuró intervención en **gestión de negocios** debido a que el demandado, actual Representante a la Cámara, dentro de los 6 meses anteriores a la elección *“gestionó el contrato a nombre de un tercero”* al haber participado como *“verdadero contratista”* en la ejecución del contrato interadministrativo No. 0015 de 25 de enero de 2013⁴ y en especial del contrato sindical No. 0034 de 1º de febrero 2013⁵, pues intervino en actuaciones cumplidas con tal propósito, aprovechándose de su cercanía con el Gobernador del departamento del Amazonas su cuñado, lo cual le permitió obtener *“ventaja sobre sus competidores políticos”*, e incluso *“aprovechó su posición para ejercer presión entre las personas vinculadas en el contrato para ayudarlo en su campaña política”*. Ello por cuanto adelantaba *“labores de manejo de personal y de gestión de recursos de ejecución”*.

AL RESPECTO DEL PLANTEAMIENTO FÁCTICO EN QUE LA DEMANDA SUSTENTA LA INHABILIDAD QUE ENDILGA AL DEMANDADO, HA DE COMENZAR LA SALA POR SEÑALAR QUE tradicionalmente en los antecedentes jurisprudenciales sobre el alcance de la causal de intervención en gestión de negocios se ha identificado con actuaciones previas al contrato dirigidas a lograr su consolidación.

3 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986) Actor: Humphrey Roa Sarmiento y Otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

4 Suscrito entre la Gobernación del departamento del Amazonas (Secretaría de Salud Departamental) y el Hospital San Rafael de Leticia ESE cuyo objeto el desarrollo del “plan de intervenciones colectivas en municipios y corregimientos del departamentos del Amazonas” en materia de salud.

5 Suscrito entre el Hospital San Rafael de Leticia ESE y el Sindicato Gremial de Trabajadores de la Salud del Amazonas en el que se subcontrató la ejecución del precitado contrato interadministrativo.

Sin embargo, no desconoce esta Sala la posibilidad de que en determinadas y especiales circunstancias pueda ampliarse el escenario de la causal a que también por la “gestión de negocios” se pueda presentar al vincularse el candidato en el desarrollo de un convenio, por ejemplo cuando para ejecutar éste se deba a su vez contratarse personal, etc., es decir se da cabida a que según las características de la situación descrita en la demanda, haya de examinarse en cada caso la naturaleza de las diligencias de un trámite negocial, sin que necesariamente tenga que corresponder a antecedentes de la consolidación de un contrato, sino a actuaciones posteriores a éste.

Ello en consideración a que siempre lo verdaderamente relevante por establecer es si un aspirante durante la etapa de candidatura puso en desequilibrio la campaña de los demás candidatos por cuenta de haber tenido él la ocasión de vincularse con el poder público que a su vez le pudieran permitir beneficiarse de ello logrando ascendente ante la comunidad electora.

En el *sub examine* el contrato *interadministrativo* al que alude el demandante tenía por objeto la prestación de servicios de salud en todo el departamento del Amazonas. Su ejecución “por interpuesta persona” que le atribuye al señor Benjumea en tanto se lo señala de haber sido él “verdadero contratista” y “ejecutor” del contrato sindical No. 0034 de 1º de febrero 2013 a su vez celebrado para desarrollar el primero, es la actuación que califica como “gestión de negocios”.

Pero tal imputación no cuenta con respaldo probatorio acerca de la participación del señor Benjumea como real ejecutor contractual. En efecto, las declaraciones extrajuicio aportadas con el libelo, rendidas por las señoras Katerin Lorena Pinto Fontalvo, María Yoelis Marapara Caisara y Roxi Leandra Ramos Suárez en la Notaría Única del Círculo de Leticia, no pueden tenerse como pruebas, pues la primera no asistió a la diligencia de ratificación decretada por el despacho director del proceso –lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código General del Proceso, hace que dicha prueba no tenga valor alguno–, y las dos restantes, no ratificaron de lo expresado inicialmente ante Notario, ningún aspecto o punto que sea determinante y conclusivo para comprometer y asegurar la vinculación del demandado en la ejecución del contrato interadministrativo No. 0015 de 25 de enero de 2013, por cuenta del desarrollo del contrato sindical No. 0034 del 1º de febrero de 2013.

Es más, en gracia de discusión sobre la posibilidad de tenerlas como pruebas, de tales declaraciones tampoco puede derivarse que el señor Benjumea Moreno hubiese participado en la ejecución de los precitados contratos. Estos documentos son del siguiente tenor:

Transcripción de la declaración de María Yoelis Marapara Caisara:

“SEGUNDO: Suscribí un contrato verbal el día 15 de

mayo con el señor Javier Lozano, el cual consistía en la prestación de servicios de nutricionista dietista, realizando actividades de apoyo a la enfermera, actividades que consistían en tallaje, peso, consultas de enfermera, educación, etc. TERCERO: El día 25 de junio de 2013 salimos el Grupo de Salud Extramural Putumayo, para cumplir con las funciones del contrato, la salida se dio en el municipio de Tabatinga – Brasil, nos dirigimos al corregimiento de Tarapacá para empezar a ejecutar las actividades, una vez allá, llamamos al señor Eduar Benjumea, porque se había comprometido en pagarnos el excedente del pago del 30% del anticipo del contrato, pero hasta la fecha aún lo esperamos. Acto seguido hablamos con el Coordinador del contrato Javier Lozano, el cual nos dijo vía telefónica que tranquilos que descansáramos esa semana que él ya había mandado la enfermera jefe que necesitábamos en el grupo. CUARTO: Duramos un mes esperando a que enviaran la enfermera, a raíz de eso yo tomo la decisión de pasar mi renuncia por cuanto veía que no arrancaba el contrato; al principio el señor Javier Lozano, no me quería aceptar la renuncia ante lo cual yo le propuse conseguir un reemplazo para mi puesto, oferta que él aceptó. Después compre los tiquetes el día 28 de julio de 2013, para regresarme para Leticia. QUINTO: Después de pasado el tiempo el 28 de septiembre en las instalaciones del Hospital San Rafael de Leticia, el señor Gerente del hospital Joani Gallego, la Doctora Yeimi Duque, Javier Lozano y Eduar Benjumea, citaron a reunión con el equipo extramural de salud Caquetá y Putumayo, para efecto de discutir los términos del contrato y conciliar aspectos para la reanudación de la ejecución del contrato. En dicha reunión intervino el Gerente llamándonos la atención por habernos venido del corregimiento, acto seguido entre el señor Gerente y el señor Eduar Benjumea, nos realizaron una nueva oferta la cual consistía en el pago de un mes, con la condición de regresarnos del corregimiento para terminar la ejecución del contrato. SEXTO: En esta reunión la odontóloga Mari Luz Sevillano, manifestó el mal servicio prestado por los trabajadores del señor Eduar Benjumea, de la tripulación, situación ante la cual este dispuso en llamar al Capitán de la embarcación que nos transportó y puso la llamada en alta voz y le pregunto que como iban las cosas para ver si tenía alguna novedad, y pregunto además, si le había llegado el pago que había efectuado el señor Eduar al captan del bote. Lo que demuestra que el señor Eduar Benjumea era el dueño de la embarcación y que el capitán de nombre Dago, eran trabajadores de él. SÉPTIMO: En dicha reunión el señor Eduar Benjumea nos dijo que si no seguíamos esto podía repercutir en nuestra boja de vida y que esta situación les quedaba como anotación y que lo mejor era continuar tratándonos de convencer para que continuáramos con la

ejecución del contrato. Que si renunciábamos después no fuéramos a pedir trabajo nuevamente al hospital porque él no iba a dejar que nos dieran trabajo” (sic).

Transcripción de la declaración de Roxi Leandra Ramos Suárez:

“2. Suscribí un contrato verbal el día 15 de mayo con el señor Javier Lozano, el cual consistía en la prestación de servicios de actividades de facturación de órdenes médicas y odontológicas. 3. El día 13 de junio de 2013 salimos el Grupo de Salud Extramural Caquetá, para cumplir con las funciones del contrato, ese día el señor Eduar Benjumea no dio unas instrucciones de seguridad para la estadía en el campo posteriormente abordamos en avión que nos llevaría hasta el sitio donde íbamos a realizar la labor del contrato. Y enfatizó que cualquier inquietud o cualquier requerimiento lo tratáramos directamente con el que él era el encargado de todo lo concerniente al transporte e insumos como combustible. 4. Estando en el lugar donde se iba a realizar la ejecución del contrato, pagando hospedaje y alimentación de nuestro peculio empezamos a presentar problema para ejecutar la labor porque no había combustible para la embarcación, llamábamos al señor Javier Lozano el cual nunca contestó. Situación que discutimos con el señor Eduar Benjumea porque él era el encargado del combustible, y este nos decía “tranquilos que ya estoy gestionando”, en una de estas conversaciones el señor Benjumea nos dijo que ya iba para el sitio el señor José Perdomo, apodado “Curupira” el cual nos enfatizó que venía contratado por parte del señor Eduar Benjumea. 5. El señor José Perdomo nos dijo a los del grupo, que él tenía que esperar la orden de reclamar el combustible que provenía del señor Eduar Benjumea, dándonos a entender que él era su Jefe. 6. Estuvimos casi 15 días en el municipio de Pedreras, hasta que se dio la orden por parte del señor Eduar Benjumea de desplazarnos hasta Mirití – Paraná, para ejecutar el contrato. 7. Estando en Mirití – Paraná demoramos casi ocho días para iniciar actividades del contrato, y después de este tiempo se comenzó a recorrer las comunidades, recalando que en toda parte donde nosotros arribábamos el señor José Perdomo alias “Curupira” hablaba con las personas de la comunidad, haciéndole propaganda política al señor Eduar Benjumea, diciéndole a los pobladores “Eduar va ser Representante a la Cámara y hay que ayudarlo para que él nos ayude, que el Gobernador era cuñado de Eduar, que él podía gestionar para que dotaran a las comunidades de motores por medio de la Gobernación”. 8. Terminamos la primera fase del contrato y regresamos al corregimiento de pedreras y nos comunicamos con el señor Eduar Benjumea, para que nos indicara, cuando nos enviaba los insumos y el combustible para la ejecución de la siguiente fase del

contrato, además nos dejaron esperando el pago de lo ya ejecutado para continuar, cosa que hasta la fecha no se ha pagado. 9. Al ver que me encontraba sin dinero porque no nos habían pagado lo ejecutado hasta el momento y ver que nada arrancaba yo llamé a Javier Lozano pero no me contestó para que me enviaran el tiquete para regresarme que yo renunciaba. Ante esta situación me toco acudir a mi familia para que me reunieran para conseguir lo del transporte. 10. Una vez en Leticia me presento en la Cooperativa Sindisalud, ante la señora Dori Ssilva Perdomo, y le manifiesto mis motivos para no continuar con el contrato, ante lo cual ellos me ofrecen continuar facturando en el Hospital San Rafael de Leticia hasta el día 30 de agosto, y que no me habían cancelado mis sueldo ni me habían pagado mis parafiscales. Después de pasado el tiempo el día 28 de septiembre en las instalaciones del Hospital San Rafael, el señor Gerente del hospital Joani Gallego, la Doctora Yeimi Duque, Javier Lozano y Eduar Benjumea, citaron a reunión con el equipo extramural de salud Caquetá y Putumayo, para efecto de discutir los términos del contrato y conciliar aspectos para la reanudación de la ejecución del contrato. En dicha reunión intervino el Gerente llamándonos la atención por habernos venido del corregimiento, acto seguido entre el señor Gerente y el señor Eduar Benjumea, nos realizaron una nueva oferta la cual consistía en el pago de un mes, con la condición de regresarnos del corregimiento para terminar la ejecución del contrato. 12. La señora Secretaria del Gerente nos pide a todos los asistentes a la reunión, apagar los celulares, porque no quería que nadie grabara lo que se iba a hablar hay. 13. En esta reunión la odontóloga Mari Luz Sevillano, manifestó el mal servicio prestado por los trabajadores del señor Eduar Benjumea, de la tripulación, situación ante la cual este dispuso en llamar al Capitán de la embarcación que nos transportó y puso la llamada en alta voz y le pregunto que como iban las cosas para ver si tenía alguna novedad, y pregunto además, si le había llegado el pago que había efectuado el señor Eduar al captan del bote. Lo que demuestra que el señor Eduar Benjumea era el dueño de la embarcación y que el capitán de nombre Dago, eran trabajadores de él. 14. En dicha reunión el señor Eduar Benjumea nos dijo que si no seguíamos esto podía repercutir en nuestra hoja de vida y que esta situación les quedaba como anotación y que lo mejor era continuar tratándonos de convencer para que continuáramos con la ejecución del contrato. Que si renunciábamos después no fuéramos a pedir trabajo nuevamente al hospital porque él no iba a dejar que nos dieran trabajo. 15. Hasta la fecha estamos esperando a que nos cumplan con el pago de la labor ejecutada, y ya ni el Gerente ni el señor Eduar Benjumea nos ha dado la cara para decirnos que paso con el dinero de la labor que realizamos” (sic).

Como puede verse, los elementos de juicio que las declaraciones otorgan son mínimos y la forma en que se exponen, impide arribar a la conclusión de la existencia de inhabilidad. No aparece un argumento claro y concreto del que pueda predicarse la intervención del demandado en la ejecución contractual. Ni siquiera concede tal trascendencia las afirmaciones hechas por las declarantes referentes a que el señor Benjumea participó de una reunión en el Hospital San Rafael de Leticia que tuvo por objeto proponer una forma de pago sobre los salarios adeudados al “grupo de salud extramural putumayo” del que hacían parte para que continuaran laborando, por cuanto ambas afirmaron –en desarrollo de la diligencia de ratificación– el hecho de que esta se presentó en el mes de agosto de 2013, es decir, fuera del período inhabilitante⁶.

Eventualmente podría conferirlo la aseveración de que el demandado era el encargado del combustible de las embarcaciones en que se desplazaban y que en tal calidad éste les sugería comunicarse con él ante cualquier necesidad. Ello por cuanto, el desarrollo del objeto contractual –que se extendió hasta el mes de octubre de 2013–, esto es, la promoción de servicios de salud en el departamento del Amazonas, necesariamente debía hacerse vía fluvial dadas las condiciones geográficas de dicho ente territorial, luego, el combustible representa un aspecto importante a considerar en la ejecución contractual que se le atribuye al demandado. Sin embargo, a pesar de tal situación indirecta, es lo cierto que ese solo aspecto resulta insuficiente para señalarlo como el verdadero ejecutor del precitado contrato, pues se requieren otros elementos de juicio que permitan evidenciar, por ejemplo, que éste fue quien las contrató⁷, quien ofreció instrucción para el desarrollo del objeto contractual en los corregimientos o quien realizaba el pago de los salarios que recibían por los servicios prestados.

Es más, lo que expuso el demandado en la declaración de parte rendida, invita a duda sobre su real participación en relación con el manejo del combustible⁸, pues éste señaló que fue

la empresa de turismo de su sobrino la que prestó servicios fluviales al Sindicato Gremial de Trabajadores de la Salud del Amazonas, y que desconoce los términos del contrato sindical.

En igual sentido, no tiene injerencia la supuesta difusión sobre la campaña política que el señor José Perdomo, quien según las declarantes trabajaba para el demandado y les acompañó en el recorrido fluvial, pues tal hecho, en sí mismo, no tiene trascendencia en la filosofía de la causal de inhabilidad, ya que no denota una actuación directa que represente una gestión en desarrollo de un contrato y tampoco demuestra un nexo causal entre tal hecho y las situaciones que se le atribuyen al demandado.

Finalmente, el aparte de la grabación magnetofónica allegada en la demanda que aparentemente corresponde a una fracción de una conversación surtida entre el señor Benjumea Moreno y una de las profesionales que al parecer hacían parte del grupo que desarrollaba labores médicas en ejecución de un contrato de salud, no fue regularmente obtenida tal y como lo dispone el artículo 214 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se obtuvo, y además no es clara ni directa para inferir la conclusión que el demandante pretende atribuirle.

Una prueba de tal naturaleza –por su contenido y forma– no puede ser valorada por el juez y debe ser excluida del acervo pues su recaudo se hizo sin la anuencia de la parte contra la que se aduce. El artículo 29 constitucional señala como nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso⁹.

requieren unos servicios por aire, por tierra o agua. Mi sobrino les vendió servicios a ellos fluviales en algún tiempo del año 2013, no sé por cuanto tiempo. No más, desconozco todo lo demás. La familia tiene una empresa y todas tienen que ver con servicios fluviales. La familia está compuesta por tíos, primos, sobrinos e hijos.”

9 Sentencia SU-159 de 2002

“En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales. En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal. En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente”

6 Es preciso resaltar el hecho de que la primera de ellas laboró para el sindicato hasta el 29 de julio de 2013 –es decir, antes de la citada reunión– según afirmó en la diligencia de ratificación (39’) y la segunda hasta el día 30 de agosto de 2013 según consta en la copia de la certificación laboral allegada por el demandante visible a folios 119 del expediente.

7 Según las declarantes, fueron contratadas por el señor Javier Lozano de manera verbal

8 De la declaración se destaca lo siguiente: “Preguntado. Señor Benjumea, en la primera de la exposición, acerca de a qué se dedicaba antes de ser Representante a la Cámara explicó que desarrollaba actividades en una empresa de turismo de su familia, o con objeto social de turismo fundamentalmente, y que esto lo alternaba con su campaña política, sírvase informar al despacho si su sobrino Phillipe Benjumea, pertenece a esa empresa de turismo, y si en tal calidad esa empresa, apoyó actuaciones o actividades conexas con el desarrollo del contrato de prestación de servicios entre el Hospital de Leticia y el sindicato al que hice mención antes. Si esta empresa en la que trabaja con su familia (su sobrino), tuvo algo que ver con la ejecución del contrato de salud por el que le interrogué antes. Contestó. La empresa con la que yo trabajaba antes de que se quebrara nos dedicábamos a vender servicios a las distintas empresas que las requiriera. Yo nunca trabajé con la empresa directamente. La familia tiene la prestación de servicios de lanchas en el municipio de Leticia y no en corregimientos, las cuales son para los turistas y presta servicios especiales. Ahí era donde yo trabajaba con mi hijo. El sindicato no vende servicios fluviales. Ellos venden unas acciones dentro de las acciones ellos

En ese orden de ideas, el proceso está huérfano de demostración que pueda conducir a dar por estructurada la causal de inhabilidad en la cual se pueda considerar incurso al demandado. Tal situación impone la improsperidad de las súplicas de la demanda.

Por 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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de las demandas, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidente

Susana Buitrago Valencia

Consejera de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

**MAGISTRADO DE CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
– El pariente por afinidad no intervino en la
elección del demandado / CONSEJO NACIONAL
ELECTORAL – Con la elección del magistrado
demandado no se vulnero el artículo 126 de la
Constitución /**

Corresponde a la Sala determinar si el demandado no podía ser elegido como magistrado del Consejo Nacional Electoral, toda vez que, a juicio del actor, su suegra (la senadora Nora María García Burgos) ejerció como su nominadora por el solo hecho de ser integrante de la célula legislativa – Congreso de la República– y aunque no hubiera participado directamente en su elección votando, puesto que a los Congresistas les estaba prohibido, en los términos del artículo 126 constitucional, elegirlo como magistrado del Consejo Nacional Electoral por ser éste el yerno de su colega congresista. La Sala considera que la circunstancia fáctica que alega el actor: que los integrantes del órgano elector –Congreso de la República–, sean homólogos de quien sin participar ni votar en tal proceso electoral tuvo a su yerno como candidato a la elección que este cuerpo electoral cumplió–, de ninguna manera los inhabilitó ni les limitó su competencia para elegir a tal candidato, pues el segundo inciso del artículo 126 Constitucional–, ni expresa ni implícitamente, contempla la prohibición para este supuesto fáctico o en dicho escenario.

Lo anterior se hace más evidente y se consolida a partir de que la senadora Nora María García –suegra del demandado–, no intervino en la designación de sus compañeros Congresistas. Estos se eligen por voto ciudadano. Tampoco está demostrado el segundo cargo de la demanda atinente a que la senadora Nora María García haya obtenido su curul en el Congreso por intervención del ahora magistrado Camargo Assis, como lo alega el actor quien se funda para sostener esta imputación en el solo hecho de que el demandado estuviere vinculado como Secretario General de la Registraduría Nacional del Estado Civil, puesto que este ente no declara las elecciones. Ni él era el director del organismo. Volviendo al cargo principal que plantea la demanda, la Sala insiste en que en manera alguna resulta admisible predicar que éste guarde relación alguna con el alcance hermenéutico del artículo 126 de la Constitución Política. Máxime si se tiene en cuenta que, además, dentro del expediente está acreditado que la suegra del demandado no intervino en la elección de su pariente por afinidad, pues en su debido momento presentó el correspondiente impedimento, que el Congreso tramitó y decidió aceptándolo, de manera previa a proceder con el proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

Por último, el actor solicitó que en el sub examine se tenga en cuenta la decisión del 21 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que en un caso similar declaró la nulidad de la elección de la Personera Municipal del Municipio de Altos del Rosario, “con el argumento de que por ser sobrina de uno de los concejales que intervino en su designación, estaba imposibilitada para aspirar a dicho cargo en los términos del artículo 126 constitucional, así el familiar no participe en la

elección, pues el solo parentesco vicia la elección”. El precedente judicial obligatorio es el vertical ascendente. Además, como ya se puso de presente en líneas anteriores, ya existe sobre la norma en consideración: el artículo 126 Superior, unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, decisión que es la llamada a prevalecer respecto de su alcance hermenéutico, según las voces de los artículos 256 y siguientes del CPACA. Por consiguiente, lo que se impone, es desestimar las pretensiones de la demanda.

Nota de relatoría: Sentencia de 11 de noviembre de 2014, Rad. 2013–00006, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Fuente formal: Constitución Política – artículo 126

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001–03–28–000–2014–00137–00

Actor: Gustavo Adolfo Sánchez

Demandado: Magistrado Consejo Nacional Electoral

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Gustavo Adolfo Sánchez, en nombre propio, presenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Carlos Ernesto Camargo como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, período 2014–2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“Declararse que son nulas parcialmente las actas de las sesiones del Congreso en Pleno (Senado de la República y Cámara de Representantes), correspondientes a los días 27 y 28 de agosto de 2014, sesiones en las cuales se eligieron y ratificaron los Magistrados del CNE (período 2014–2018), donde resultó electo como tal el doctor Carlos Ernesto Camargo Assis, en dichas actas también fue ratificada o validada la anterior elección, se solicita la nulidad de la elección del magistrado Camargo Assis.

Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión al Presidente de la República, al Presidente del Senado, al Presidente de la Cámara de Representantes y a los Presidentes de los Partidos Políticos con asidero en el Congreso de la República, para todos los efectos jurídicos a que haya lugar”.

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

– Que los días 27 y 28 de agosto de 2014, el Congreso de la República en pleno se reunió para efectuar la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, período 2014–2018.

– Que ante la postulación que realizó el Partido Conservador Colombiano, el señor Carlos Ernesto Camargo Assis resultó electo.

– Que entre el demandado y la senadora Nora María García Burgos (Senadora del Partido Conservador) existe un vínculo en primer grado de afinidad, pues el señor Camargo Assis está casado con la señora María Paulina del Socorro Pineda García, hija de la señora García Burgos.

– Que si bien la referida señora no participó en la elección (pues se había declarado impedida), es lo cierto que tal circunstancia no le quita la calidad de miembro de la Corporación legislativa, por lo que preexiste el hecho generador de la inhabilidad en relación con la participación de un servidor público como nominador, pues según la prohibición que prevé el artículo 126 de la Constitución Política, “...no pueden designar a personas vinculadas por parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, con servidores públicos competentes para intervenir en su designación”.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

El artículo 126 de la Constitución Política.

El artículo 275 del CPACA.

En síntesis, plantea como vicio que, a su juicio, hace anulable la referida elección, el hecho de que el demandado no podía ser elegido como magistrado del Consejo Nacional Electoral, toda vez que un pariente en primer grado de consanguinidad (su suegra – Nora María García) “ejerció como su nominadora”¹.

Que si bien en los días en que se llevó a cabo la elección la senadora del Partido Conservador Nora María García manifestó su impedimento, el cual fue aceptado por la plenaria del Congreso (motivo por el cual la senadora García Burgos no votó en la elección de su yerno), “la Plenaria del Congreso eligió al magistrado Camargo Assis, con lo que se vulneró el artículo 126 de la Constitución Política, que dispone que “los servidores públicos...tampoco podrán designar a personas vinculadas

por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación”.

Que “al ser la senadora conservadora García Burgos nominadora competente para intervenir en la designación de su yerno, la elección del demandado... está viciada,” en los términos del numeral 5 del artículo 275 del CPACA.

Que, en otras, palabras, “no obstante la senadora en mención no hubiese participado en la elección de los días 27 y 28 de agosto de 2014 (para elegir a su yerno), tal circunstancia no le quita la calidad de miembro de la corporación legislativa, preexistiendo el hecho generador de la inhabilidad, en relación a la participación de un servidor público como nominador, procedimiento dentro del cual entra a regir la prohibición que establece el artículo 126 superior”.

Que la elección del demandado como magistrado del Consejo Nacional Electoral “siendo yerno de la senadora por el Partido Conservador Nora María García Burgos, constituye un clarísimo evento de nepotismo, amiguismo, clientelismo y tráfico de influencias, que configura una clara inhabilidad contemplada en el artículo 126 de la Constitución Política y que, además, son contrarios a la moralidad pública, a la transparencia, el mérito, la imparcialidad, la independencia...”.

Según el actor, estas son razones suficientes para concluir que existió vulneración de las normas en las que la elección debía fundarse.

Que así mismo el acto acusado fue expedido sin competencia, pues “los nominadores no tenían competencia para elegir al pariente de otro nominador en los grados que señala la norma, es decir, la plenaria del Congreso no era competente para elegir al doctor Carlos Ernesto Camargo Assis como magistrado del CNE por ser yerno de uno de los electores o nominadores como lo es la senadora Nora María García Burgos”.

Que de conformidad con el artículo 264 de la Constitución Política le “corresponde al Congreso de la República, en pleno, hacer la elección de los magistrados del CNE, los congresistas, que son quienes votan, no pueden elegir como tales a las personas que sean parientes de otros congresistas dentro de dichos grados, porque unos y otros, en conjunto, son los servidores públicos competentes para intervenir en la designación de esas personas como magistrados del CNE”.

Aunado a lo anterior, el actor aduce que el acto acusado rompe con el “equilibrio institucional”, pues implica el aprovechamiento de la posición de dos familiares en el partido conservador con el objeto de ser designado magistrado del CNE. Que la anterior práctica es la que el Consejo de Estado ha sancionado “poniéndole fin a la denominada puerta giratoria, como aconteció recientemente con la suerte de las elecciones de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Ricaurte y Pedro Munar”.

¹ El señor Camargo Assis es esposo de la señora María Paulina del Socorro Pineda García, quien es hija de la senadora conservadora García Bustos.

Por tal razón, propone que al presente caso se apliquen las sentencias mediante las cuales el Consejo de Estado resolvió dichos asuntos.

Por último, el actor solicitó que en el sub examine se tenga en cuenta la decisión del 21 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo de Bolívar (exp. 2012–00024–01), que en un caso similar declaró la nulidad de la elección de la Personera Municipal del Municipio de Altos del Rosario (Mildreth de la Puente Quiróz), “con el argumento de que por ser sobrina de uno de los concejales que intervino en su designación, estaba imposibilitada para aspirar a dicho cargo en los términos del artículo 126 constitucional, así el familiar no participe en la elección, pues el solo parentesco vicia la elección”.

4. Contestaciones de la demanda

– El señor Carlos Ernesto Camargo Assis contestó la demanda por intermedio de apoderado. Manifestó que algunos hechos eran ciertos, que otros no eran verdad y que otros son apreciaciones subjetivas del actor. Se opuso a cada una de las pretensiones.

Sostuvo que según lo expuesto en la sentencia del 11 de noviembre de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado, la prohibición que contiene el artículo 126 de la Constitución Política “se refiere al impedimento que tienen los servidores públicos para nombrar como empleados a parientes del servidor, y al servidor mismo, cuando quiera que éste haya participado en la designación de los ahora electores, y no por el solo hecho de ser miembro de la Corporación Electoral, como lo afirma la demanda, aunque no haya intervenido en su elección”.

Que, entonces, es evidente que los argumentos fácticos y jurídicos de la demanda no tienen sustento alguno, por cuanto distan sustancialmente de lo que dispone la citada norma constitucional. Por tanto, no se configura la inhabilidad endilgada, toda vez que no es cierto que la senadora obtuvo su cargo por intervención del magistrado Camargo Assis. Aunado a lo anterior, ella no intervino en su elección, pues se declaró impedida.

Que, asimismo, la causal de inhabilidad no se configura, pues el supuesto de hecho que sirve de sustento a la demanda “ fue excluido de forma expresa por la Asamblea Constituyente de 1991 al rechazar un propuesta general de redacción de lo que sería el artículo 126 que incluía el impedimento generalizado a los servidores públicos de nombrar en empleos a quienes fueran previamente sus electores, porque de aceptar tal prohibición, se dijo entonces, ello conduciría al absurdo de que los servidores públicos de elección popular estarían impedidos para designar en cargos públicos a quienes votaron por ellos, en cuyo caso, el Presidente de no podría nombrar a ministros como empleados a quienes participaron en su elección, ni los congresistas nombrar a sus electores y estarían obligados por ello a nombrar en los cargos del Estado exclusivamente a sus propios opositores”.

Por último, sostuvo que la elección acusada no rompió el equilibrio institucional, no se generó tratamiento desigual e injustificado frente a los demás aspirantes. Tampoco propició prácticas indebidas de nepotismo y menos se infringió el principio de moralidad.

Que, en efecto, todos los “aspirantes tuvieron la misma oportunidad de ser elegidos y por lo mismo tuvieron igualdad de trato; el proceso fue efectuado en forma pública y con transparencia y no se realizaron prácticas de clientelismo, ni se atentó contra el principio de moralidad”. Que tampoco es cierto que el doctor Camargo Assis, en su condición de empleado de la Registraduría Nacional del Estado Civil, tuviera la función de supervisar las campañas políticas de sus electores congresistas y por lo tanto, pudiera influir en las campañas políticas de sus ahora electores, ya que esta función le corresponde al Consejo Nacional Electoral, como lo establece el artículo 265 de la Constitución Política”.

– El apoderado del Congreso de la República se refirió al sustento de la demanda en los siguientes términos:

Que “no es admisible asumir como lo hace ver el actor, que la responsabilidad de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral recae única y exclusivamente sobre un senador y que el impedimento del mismo se hace extensivo a toda la Corporación como cuerpo colegiado. Apropiarse de esta tesis es desconocer los mecanismos señalados por el reglamento del Congreso para dar trámite a los impedimentos presentados por los congresistas a fin de subsanar circunstancias que impiden la participación de algún integrante de la Corporación en el proceso de votación de algún asunto de su competencia”.

Que la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado en relación con el caso Munar y Ricaurte, dejó claro que la prohibición constitucional se refiere al impedimento que tienen los servidores públicos para nombrar como empleados a parientes del servidor y al mismo servidor cuando quiera que éste haya intervenido en la designación de los ahora electores y no por el solo hecho de ser miembro de la Corporación electoral, como erróneamente sostiene el demandante.

Que, en otras palabras, el cargo que sustenta la demanda no guarda relación con “la interpretación normativa y jurisprudencial que debe aplicarse al artículo 126 constitucional”, máxime si se tiene en cuenta que el Congreso tramitó y decidió la manifestación de impedimento que efectuó la senadora Nora María García Burgos antes de proceder con el proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, sin que exista una causal que inhabilite a todo el Congreso por ese simple hecho.

Coadyuvancias

– Los señores José Antonio Quintero Jaimes y Carlos Mauricio Osorio Ruíz, coadyuvaron las pretensiones de la demanda. En síntesis, reiteraron los argumentos de la demanda en el sentido

de que el artículo 126 de la Constitución Política es enfático en proscribir el nepotismo y el clientelismo.

– Por su parte, los señores Edmundo López Gómez, Carlos Julio Caballero López y Víctor Julio Jácome Jiménez manifestaron que intervenían para defender la legalidad del acto acusado. En términos generales coincidieron en que es descabellada la interpretación que el demandante hace del artículo 126 constitucional, pues se llegaría a la absurda conclusión de que la prohibición en cuestión impide “a cualquier órgano colegiado de naturaleza pública (no solo corporaciones públicas) nombrar a personas con las cuales alguno de sus miembros tenga alguno de los vínculos a que se refiere la norma”, lo que amplía el ámbito de aplicación de la norma e implicaría una desproporcionada e injustificada limitación de los derechos fundamentales a elegir y ser elegido y al trabajo.

Trámite en única instancia

Mediante providencia del 20 de noviembre de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso². Asimismo se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

El día 16 de febrero de 2015 se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En esta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso, se fijó el litigio y se negaron y decretaron las pruebas³.

Alegatos de conclusión

– Del demandante

El señor Sánchez Arrieta, mediante escrito que obra a folios 345–354 del expediente, se ratificó en los argumentos que sustentaron la demanda. En conclusión, manifestó que:

“(…) Si bien es cierto la congresista García Burgos se declaró impedida para votar por su yerno, lo que fue aceptado por la plenaria (dejando de lado su deber de representación de la colectividad derivado de su condición de servidor público elegido por voluntad popular), olvidando que las decisiones adoptadas por los miembros de esta Corporación son tomadas como cuerpo colegiado, mas no consideradas en la individualidad de los congresistas, de tal forma que al no asistir o participar activamente como congresistas con el magistrado Camargo Assis que resultó electo, tiene parentesco en el primer grado de afinidad, que es lo que genera la inhabilidad.

De tal manera que la inhabilidad se genera por el solo vínculo de familiaridad que tiene la persona que aspira a ser elegida magistrado con el congresista, así no participe en la elección, es decir, que la sola situación del parentesco vicia la elección, sin importar que el miembro de la corporación participe y vote en la elección”.

2 Folios 132–142.

3 Folios 295–303.

– Del demandado

El apoderado judicial del doctor Camargo Assis reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda. De dicho escrito se resalta lo siguiente (folios 327–344):

“(…)”

Para desentrañar el verdadero entendimiento del segundo inciso de la norma prohibitiva –fundamento de las pretensiones de la demanda–, resulta pertinente invocar el severo, profundo y extenso estudio realizado por la Sala Plena del Consejo de Estado para proferir la reciente sentencia de noviembre de 2014, recaída dentro del proceso adelantado...contra la elección de los magistrados Francisco Ricaurte y Pedro Munar como magistrados de la Sala Administrativo del Consejo Superior de la Judicatura.

Allí se dejó sentado, sin hesitación alguna, y después de una rigurosa aplicación de los métodos hermenéuticos, teniendo en cuenta, igualmente el fin perseguido por la norma, que la prohibición constitucional se refiere al impedimento que tienen los servidores públicos para nombrar como empleados a parientes del servidor y al servidor mismo, cuando quiera que este haya participado en la designación de los ahora electores, y no por el solo hecho de ser miembro de la Corporación electoral, como lo afirma la demanda, aunque no haya intervenido en su elección”

– Del apoderado del Congreso de la República

Mediante memorial que obra a folios 355 a 363 del expediente, el doctor Lyons Villalba presentó alegatos de conclusión. Reiteró su posición en el sentido de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, pues:

“(…) para que la regla en cuestión (la que contiene el artículo 126 constitucional) pueda aplicarse se requiere que... el servidor público “nombre” a personas con las cuales tenga lazos taxativamente indicados y, en segundo lugar, que designe a personas gracias a los cuales logró su posición.

Ahora, si efectuamos la interpretación en concreto, dirigida a los hechos determinados sobre la elección por parte del Senado de la República del señor Carlos Ernesto Camargo Assis, se debe señalar que:

(…) es claro que la senadora Nora García no nombró a su yerno como empleado en cargo alguno, circunstancia que de entrada excluye la solución normativa de dicho inciso. Y si nos remitimos al análisis del inciso segundo del artículo, resulta indiscutible que el señor Carlos Ernesto Camargo Assis no designó a los senadores que lo eligieron, ni mucho menos puede decirse que tenga vínculos con sus electores, lo cual también descarta la aplicación de la prohibición constitucional.

En este orden, podemos afirmar que no es viable aplicar en el caso particular la jurisprudencia que declaró la nulidad de la

elección de los magistrados Ricaurte Gómez y Munar Cadena— como lo solicita el demandante, pues en aquella decisión en efecto se presentaron las circunstancias de hecho que describe el artículo 126 de la Constitución, situación que aquí no acontece”.

– De los señores coadyuvantes del demandado

Mediante memoriales que obran a folios 371–376, los señores Carlos Julio Caballero y Víctor Julio Jácome, respectivamente, se opusieron a las pretensiones de la demanda.

En concreto, coincidieron en manifestar que la interpretación del actor del artículo 126 constitucional llevaría a la absurda conclusión que cualquier “órgano colegiado de naturaleza pública” está impedido de nombrar como empleados a personas con las cuales alguno de sus miembros tenga alguno de los vínculos a que se refiere dicha disposición”, lo cual no puede ser de recibo pues amplía de una forma desproporcionada e irracional su ámbito de aplicación.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

–Que el Constituyente primario guardó silencio y no señaló como prohibición de los miembros de las corporaciones públicas “que pudieran designar o nombrar a personas con las cuales tengan parentesco sus compañeros de corporación, pues la inhabilidad en estudio se dirige a proscribir el nombramiento de los parientes de quienes realizan la designación o de los funcionarios que hayan intervenido en la designación de quien debe realizar el nombramiento”.

–Que en el presente caso no está probado el parentesco entre el demandado y sus electores, pues su única pariente (la senadora Nora García) manifestó su impedimento para participar en dicha elección el cual fue aceptado por la Plenaria del Senado de la República, por lo cual “como la prohibición contenida en el artículo 126 constitucional se encuentra dirigida a que los funcionarios públicos no puedan nombrar a sus parientes o a los parientes de quienes intervinieron en su designación”, lo cual no se presente en el sub examine.

Que, aunado a lo anterior:

“(…) el pronunciamiento de la Sala Plena [caso Ricaurte y Munar] no cobija el caso expuesto por el actor. Digámoslo claro. Se trata de materializar la competencia para elegir que tiene el Congreso de la República artículo 264 de la Carta). Ahora bien, la circunstancia de que uno de sus miembros tenga parentesco con un aspirante o postulado y manifieste su impedimento por dicha razón, impedimento que le fuera aceptado y, por ende, separado del asunto, dicha proscripción no se puede transmitir o trasladar a los demás Congresistas con vocación de realizar

dicha designación, pues ellos no están afectados por lazos familiares del potencialmente elegido, o por lo menos ello no se establece en el sub lite. Por lo señalado, tampoco se vulneran los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 *ibídem*.

Además, la senadora Nora María García no ostenta la calidad de servidor público que hubiere intervenido en la designación de sus compañeros Congresistas (senadores y representantes a la Cámara), quienes son elegidos mediante voto popular, razón por la cual tampoco estaban incursos en la prohibición de designar parientes de quienes participaron en su designación”.

Para finalizar, debe señalar esta Agencia del Ministerio Público que la prohibición contenida en el artículo 126 constitucional no es corporativa como lo precisa el demandante, pues como se ha señalado... las prohibiciones allí contenidas se encuentran dirigidas exclusivamente al funcionario, no a la corporación como tal”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 149 del CPACA⁴, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección del señor Carlos Ernesto Camargo Assis como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, periodo 2014–2018.

1.2 Solicitud de unificación de jurisprudencia

En memorial que obra a folios 262–266 del expediente, el actor y el señor José Antonio Quintero Jaimes (en su condición de coadyuvante de la demanda), solicitaron que, en aplicación del artículo 271 del CPACA, el proceso de la referencia fuera asumido por la Sala Plena a efectos de unificar jurisprudencia, “dada la gran importancia y trascendencia del tema porque se discute el alcance del artículo 126 constitucional en relación con el inciso 1º por inexistencia de precedente judicial”⁵.

⁴ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 4. De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación”.

⁵ En síntesis, adujeron que “frente a la interpretación del artículo 126 inciso 1º constitucional, existen criterios encontrados por definir que tienen plena incidencia en la necesidad de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esa H. Corporación, como órgano competente, de sentar jurisprudencia por cualquiera de los siguientes aspectos: Importancia jurídica del tema o por razones de trascendencia social que se derivan de la alta investidura tanto de los Congresistas –nominadores indirectos y electores directos– y la del nominado como Magistrado del CNE. (...) Además, es necesario conocer el pronunciamiento sobre la caracterización del principio de moralidad administrativa, en relación con el artículo 126–1 superior a objeto de que se compagine el texto constitucional y el legal aplicable a esta clase de nominaciones y elección del servidor público, con los pronunciamientos doctrinales, criterio del derecho viviente con la labor jurisprudencial de los operadores judiciales para dar aplicación al

Sobre el particular, es importante señalar que la competencia para unificar jurisprudencia, bien por la importancia jurídica del caso, la trascendencia económica o la necesidad de sentar jurisprudencia, corresponde tanto a la Sala Plena como a las Secciones que conforman el Consejo de Estado⁶.

Asimismo, es de precisar que en razón de la competencia que constitucional y legalmente posee la Sección Quinta como Sala especializada en lo electoral para definir con carácter de órgano de cierre de la jurisdicción en la materia las demandas de nulidad de elecciones y nombramientos, actúa como autoridad judicial que unifica tesis y criterios sobre tales temas. En consecuencia, está plenamente facultada para sentar jurisprudencia o para reestructurar las hasta entonces existentes.

En el presente caso, a juicio de la Sala, no hay punto jurídico que amerite unificación de jurisprudencia, pues, como se verá más adelante a lo largo de las consideraciones de esta providencia, los argumentos que sustentan la pretensión de anular la elección del doctor Carlos Ernesto Camargo Assis como Magistrado del Consejo Nacional Electoral parten de plantear el cargo o censura que se atribuye como vicio, fundado en un erróneo entendimiento de la prohibición que prevé el artículo 126 de la Constitución Política.

Además, se pone de presente que ya existe un pronunciamiento de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado⁷, sobre el alcance hermenéutico del artículo 126 de la Constitución Política.

El acto acusado.

La elección del señor Camargo Assis, junto con la de los demás magistrados del Consejo Nacional Electoral, se produjo en las sesiones del 27 y 28 de agosto de 2014 del Congreso de la República, según consta en la Gaceta de este ente legislativo No. 671 del 31 de octubre de 2014, que obra a folios 230–255 del expediente.

citado principio constitucional a través del artículo 209 superior, lo cual conllevaría a una orientación que puede significar límites o restricciones al ejercicio de esa atribución pública que debe obedecer al interés supremo que envuelve el ejercicio de la función pública en cualquier orden, que no puede ser otro diferente: al interés general”.

Recordemos que ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el caso elección Francisco Javier Ricaurte Gómez como Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se pronunció sobre la interpretación y aplicación del inciso 2º del artículo 126 en concordancia con los artículos 209 y el último inciso del artículo 255 todos de estirpe constitucional. Con apoyo en lo anterior nos preguntamos esa interpretación es única y exclusiva para situaciones como las de Ricaurte Gómez o si la elección del doctor Carlos Ernesto Camargo Assis, podría estar viciada no solo con la aplicación del inciso 1º, sino también con la aplicación del inciso 2º del artículo 126 constitucional? O podría también interpretarse en forma conjunta el artículo 126 incisos 1º y 2º (no excluyente) en la búsqueda de la previsión insista de la norma, en armonía además, con los principios que orientan la función pública?

Un estudio exhaustivo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, permitiría establecer si al transgredirse la legalidad (ver contenido de la demanda y coadyuvancia) por privilegiar razones de orden particular se incurrió en desviación de poder por ir en contra de valores y principios que informan la actuación administrativa resultando quebrantadas de forma ostensible y protuberante normas constitucionales”.

6 Sobre el particular, entre otras, ver sentencia del 5 de marzo de 2014. Exp. 2013–00310–01

7 Sentencia del 11 de noviembre de 2014. Exp. 2013–00006

Estudio de fondo del asunto.

Corresponde a la Sala determinar si el demandado no podía ser elegido como magistrado del Consejo Nacional Electoral, toda vez que, a juicio del actor, su suegra (la senadora Nora María García Burgos) ejerció como su nominadora por el solo hecho de ser integrante de la célula legislativa –Congreso de la República– y aunque no hubiera participado directamente en su elección votando, puesto que a los Congresistas les estaba prohibido, en los términos del artículo 126 constitucional, elegirlo como magistrado del Consejo Nacional Electoral por ser este el yerno de su colega congresista.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará fundado en las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación⁸, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y el concepto del Ministerio Público.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala comienza por estudiar, en primer lugar, la naturaleza de la prohibición que prevé el artículo 126 de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.

De la naturaleza de la prohibición que contiene el artículo 126 constitucional

El actor considera que en el asunto bajo examen, la elección como magistrado al Consejo Nacional Electoral del demandado desconoció el artículo 126 de la Constitución Política, que a la letra dice:

“Artículo 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

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

Es claro que la disposición tiene el alcance de prohibir que se ejerza facultad nominadora frente a los parientes de quien intervino en la designación del ahora nominador.

La norma tiene la clara finalidad de evitar el pago de favores por cuenta de la designación a un cargo público, que se recompense con la reciprocidad de que a su vez el nombrado vincule al servicio a los consanguíneos de quien lo designó e incluso a este mismo.

8 Según los términos en que se efectuó la fijación del litigio en la audiencia inicial que se llevó a cabo el día 16 de febrero de 2015 (folios 295–303).

Se trata por sobre todo, de preservar la igualdad en la prerrogativa ciudadana de acceso a los cargos públicos.

La Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 11 de noviembre de 2014⁹ consideró que la prohibición contenía implícitamente y para su real efecto útil, también la prohibición de designar a quien antes fue el elector del ahora nominador. Cuando el segundo inciso alude a “su designación” se refiere a aquel que intervino en la elección o nombramiento del o de los ahora electores.

En la presente demanda el actor insiste en que debido a que el demandado tiene un vínculo de primer grado de afinidad con la congresista Nora María García (madre de la esposa del magistrado electo), ese solo hecho ya impedía al Congreso votar por éste, pues le confieren al punto un alcance para ellos derivado de la prescripción que consagra el inciso 1º del artículo 126 superior.

A juicio de la Sala, para ilustrar sobre la génesis y teleología de esta norma (la totalidad del artículo 126 constitucional), es pertinente traer a colación breves apartes de la discusión que respecto de su construcción en la Asamblea Nacional Constituyente. Estos son:

Informe de ponencia – Capítulo del Servidor Público – Exposición de motivos. Gaceta Constitucional N° 68.

“Del Servidor Público

Informe: Carlos Lleras de la Fuente

Abel Rodríguez

Exposición de Motivos

El tema del servidor público ocupa un importante lugar en muchos de los 131 proyectos de reforma constitucional que fueron presentados a la Asamblea Constituyente. Un interés similar está presente en las propuestas que fueron hechas ante las mesas de trabajo y las comisiones preparatorias en el periodo previo a las elecciones del 9 de diciembre.

[...]

El expresidente Belisario Betancur en proyecto presentado por Augusto Ramírez O., entregó un severo régimen para la remoción de servidores públicos y unas claras prohibiciones para evitar la disposición de cuotas personales en los presupuestos públicos y en las nóminas.

[...]

Se precisa un régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

[...]

Del Servidor Público

[...]

Artículo 3º. En ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que estén ligadas entre sí por matrimonio o que sean parientes en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con quienes intervienen en la elección o nombramiento o han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación. La violación de esta prohibición genera la nulidad del respectivo acto. [...]

Discusión en la sesión plenaria mayo 22 (0522)

Como apartes significativos de las intervenciones en la discusión de esta norma, se tienen:

“[...]

Gracias señor Secretario, le pido a cada uno de los ponentes que haga una breve exposición de la propuesta de articulado presentada ¿Quién tiene la palabra? [...]

Intervención de los Constituyentes:

Iván Marulanda

“[...] Me parece extraordinariamente importante el punto del nepotismo. Es un sistema de esclavitud lo que existe hoy en Colombia con el clientelismo que se ejerce, con la manipulación de los cargos públicos. Entonces acabemos con esa esclavitud que consiste en que el empleado público no tiene que responderle a la comunidad, sino que tiene que responderle a quien lo recomendó porque si no lo destituyen, entonces la gente no es empleada de la comunidad, no es empleada del estado sino que es empleada de los directorios políticos. Esa es una corruptela y una desfiguración de la democracia que se termina con este sistema de concurso de méritos”.

Jesús Pérez González Rubio

“[...] hay un artículo según el cual en ninguna elección óigase bien Señor presidente ninguna elección podrán designarse personas que estén ligadas entre sí por matrimonio o que sean parientes de tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil todo lo cual está muy bien óigase, óigase bien quienes intervienen en la elección, han participado en la elección, entonces un alcalde elegido no puede nombrar a nadie que haya participado en su elección, el Presidente de la República no puede nombrar a nadie que haya participado en su elección, que haya intervenido en su elección hay que nombrar a la oposición Señor Presidente lo que es la consagración de que hay concilios católicos con cardenales protestantes; se trata evidentemente señor Presidente de incongruencia que habrá de arreglar en su momento. Muchas gracias Señor Presidente”

Constituyente Verano

9 Exp. 2013-00006

"[...]

último quisieramos presentar un artículo sustitutivo del artículo 12, ya que compartimos lo expuesto por el doctor Jesús Pérez González-Rubio, en el sentido de que presenta una redacción un poco confusa y quisieramos proponer la siguiente: ningún funcionario público que tenga facultad nominadora podrá designar a persona alguna con quien tenga vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad. Aquí le aumentamos el grado de consanguinidad al cuarto, ya que el tercero le permitiría el nombramiento de los primos hermanos que igualan a los hermanos, se puede de afinidad o primario civil, con sea su cónyuge, tampoco podrán ser elegidos a empleo público alguno quienes estén ligados por los lazos de parentesco conyugal, a lo que se refiere este artículo con quien forme parte de las corporaciones que eligen. Muchas gracias Señor Presidente.

- Gracias Constituyente Verano. Tiene la palabra María Mercedes Carranza.

Regresando al artículo 12 hay un error de redacción que tergiversa totalmente el sentido, y es que cuando se refiere a que no podrán designarse parientes en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primario civil, evidentemente hay que poner que sean parientes hasta tercer grado de consanguinidad, porque si ponen en, quiere decir que los primos, me imagino que son los de tercer grado, si se pueden designar, no se pueden designar pero si los papás y las mamás. Entonces yo creo que es una corrección importante que hay que hacer. Dentro de ese mismo artículo ya han señalado la incongruencia de que las personas que han intervenido en la elección de alguien que salió elegido, y me perdonan la redundancia, no puede ser nombrado, porque entonces, como ya lo fijaron por ahí, el Presidente de la República no podría nombrar absolutamente a nadie (...)

María Mercedes Carranza

En la sesión plenaria del 30 de mayo se hizo la presentación de un articulado sustitutivo que se le encomendó redactar al doctor Yepes¹⁰ y cuya votación se hizo por partes, como se menciona en el acta:

"El artículo 12 suministrado por el doctor Yepes expresa: ningún servidor público que tenga facultad para nombrar empleados o para concurrir para su elección en Corporaciones públicas podrá utilizarlas en favor con personas con la cuales tenga parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o quien esté ligado por matrimonio o unión permanente.

Está leído el artículo señor Presidente"

[...]

Uno, dos... cuarenta y seis afirmativos

Muchas gracias. Por la negativa por favor.

No hay votos negativos.

Abstenciones.

Una abstención.

[...]

La segunda parte de la norma que se votó fue del siguiente resorte:

10 En las intervenciones no se hace alusión al nombre completo. En la constituyente figuran con ese apellido los doctores: Yepes Arcila Hernando y Yepes Parra Miguel Antonio.

"[...] entonces el texto por votarse inmediatamente sería el siguiente: tampoco podrá utilizarla en favor de las personas vinculadas por los mismos lazos antes señalados con los servidores públicos que intervinieron en su nombramiento o concurrieron a su elección en corporaciones públicas. Los que estén por la afirmativa sírvanse registrarla levantando la mano

Uno, dos... cuarenta y cinco por la afirmativa.

Por la negativa,

Uno, un voto negativo.

Abstenciones,

Uno, dos, tres, tres abstenciones [...]"

Luego de la votación por separado de los textos que actualmente integran la norma, se sometió su texto completo a la aprobación, en los siguientes términos:

"Bien, habiéndose aprobado, me permito someterlo a votación en su elaboración completa. Señor Secretario Sírvase leer la primera parte y yo continúo posteriormente.

– Ningún servidor público que tenga facultades para nombrar empleados o para concurrir a su elección en corporaciones públicas, podrá utilizarlas en favor de personas con las cuales tenga parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o con quien esté ligado por matrimonio o unión permanente.

–Tampoco podrá utilizarla en favor de las personas vinculadas por los mismos lazos antes señalados con los servidores públicos que intervinieron en su nombramiento o concurrieron a su elección en corporaciones públicas, se exceptúan de los (sic) previsto en este artículo, los actos que se expidan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso y ascenso por méritos.

Los que estén por la afirmativa sírvanse levantar la mano.

Uno, dos... cuarenta y seis votos por la afirmativa.

Cuarenta y siete.

Cuarenta y siete afirmativos.

Por la negativa no se registran.

Cero abstenciones.

[...]

Voy a dejar una constancia, para que se mejore la redacción de concurrir a la elección en Corporaciones Públicas, porque eso es bien ambiguo.

Bien como no, mil gracias. Esa sería una constancia que la Secretaría hará llegar a la comisión codificadora".

En la sesión de la Comisión Codificadora del 10 de junio de 2013, se discutió en extenso sobre la redacción final del artículo aprobado, y entre otros argumentos se dijo:

“[...] Sí, pero cómo ponemos, es que la redacción es la que me complica, para que quede bien claro, ningún servidor público.

Carlos, lo que está prohibido es nombrar los parientes, ¿Verdad? Entonces la misma prohibición, o sea nombrar los parientes se le deben aplicar a quienes participen en designaciones por elección.” (Subrayas fuera del texto).

Otro aspecto que fue objeto de análisis por esta Comisión fue el siguiente:

“Bueno lo vuelvo a repetir entonces dice así: ningún servidor público podrá nombrar persona alguna, con la cual tenga parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o con quien esté ligado por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar personas que estén vinculadas por los mismos lazos con los servidores públicos que participaron en su elección o nombramiento.

El que no votó por ese funcionario público está ajeno a la restricción.

No, no porque participó en el nombramiento, puede que haya votado en contra.

O en su elección, sino en la elección, que le dio origen porque es, la elección, porque no es en su elección, no pero el tipo votó en contra de Carlos Lleras para Contralor, entonces el parlamentario que votó en contra dice, yo no voté por ese tipo (...) a mí sí me puede nombrar.

Por eso es que yo pregunto y a mí me parece que es para todos.

Es para todos obvio, son los que participan en la elección.

Pero para participar en la elección que cosa es, participar en la elección es haber votado por ese señor o es haber estado presente.

Yo creo que es haber estado en la ceremonia de la elección.

Y el que no concurrió a la ceremonia, el que no participó.

O entonces que por ley deba participar, porque realmente es la gente que por ley, cuando se dice que el Senado de la República elegirá al Procurador pues quiere decir que todos los senadores que tienen como función elegir al procurador vayan o no vayan ese día, quedaron ahí...

Con los funcionarios públicos que deban participar en su elección ahí queda

[...]

Pero no son los competentes, no participaron, que tuvieron facultad para elegir o nombrar. [...]

[...]

Correcto, yo creo entonces dejamos eso y pasamos al artículo trece [...]

De acuerdo con lo anterior, es claro que el texto del artículo que inicialmente se propuso en la Asamblea Constituyente, no fue el mismo que finalmente quedó aprobado, lo cual obedeció a que al someterse a discusión, y como resultado del debate se puso de presente que podría generar dificultad frente a la limitación de la capacidad nominadora de los elegidos popularmente, especialmente, en cargos uninominales.

Esta consideración condujo a que se encomendara a uno de los constituyentes redactar y presentar un nuevo articulado cuyo texto, diferente al originalmente pensado, fue el que finalmente resultó aprobado en la sesión plenaria, y que se sometido a la revisión de la Comisión Codificadora.

En la norma definitiva no quedó consagrado como uno de los supuestos objeto de prohibición el que plantea ahora el actor como sustento de la presente demanda de nulidad electoral.

La Sala considera que la circunstancia fáctica que alega el actor: que los integrantes del órgano elector –Congreso de la República–, sean homólogos de quien sin participar ni votar en tal proceso electoral tuvo a su yerno como candidato a la elección que este cuerpo electoral cumplió–, de ninguna manera los inhabilitó ni les limitó su competencia para elegir a tal candidato, pues el segundo inciso del artículo 126 Constitucional–, ni expresa ni implícitamente, contempla la prohibición para este supuesto fáctico o en dicho escenario.

Lo anterior se hace más evidente y se consolida a partir de que la senadora Nora María García –suegra del demandado–, no intervino en la designación de sus compañeros Congresistas. Estos se eligen por voto ciudadano.

Tampoco está demostrado el segundo cargo de la demanda atinente a que la senadora Nora María García haya obtenido su curul en el Congreso por intervención del ahora magistrado Camargo Assis, como lo alega el actor quien se funda para sostener esta imputación en el solo hecho de que el demandado estuviere vinculado como Secretario General de la Registraduría Nacional del Estado Civil, puesto que este ente no declara las elecciones. Ni él era el director del organismo.

Volviendo al cargo principal que plantea la demanda, la Sala insiste en que en manera alguna resulta admisible predicar que éste guarde relación alguna con el alcance hermenéutico del artículo 126 de la Constitución Política. Máxime si se tiene en cuenta que, además, dentro del expediente está acreditado que la suegra del demandado no intervino en la elección de su pariente por afinidad, pues en su debido momento presentó el correspondiente impedimento, que el Congreso tramitó y decidió aceptándolo, de manera previa a proceder con el proceso de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

No existe previsión constitucional o legal alguna que inhabilite a todo el Congreso por tener como candidato a una elección a su cargo a un pariente de alguno de sus parlamentarios integrantes, si éste se ha excluido de participar. Porque en este caso los electores no fueron elegidos por su colega.

Ahora bien, a pesar de que el actor insiste en que se declare la nulidad del acto acusado con fundamento en las decisiones que la Sala Plena de esta Corporación adoptó en los casos en que debatió la elección de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura –Francisco Ricaurte y Pedro Munar–, tales providencias se circunscribieron a supuestos de hecho completamente diferentes a los que sirven de sustento a la presente demanda.

En efecto, en dichos procesos se planteó el argumento según el cual la Corte Suprema de Justicia estaba en imposibilidad jurídica, por mandato superior, de elegir a los doctores Ricaurte Gómez y Munar Cadena, debido a que venían de ocupar el cargo de magistrados en esa Corporación, y en tal condición ellos habían participado en la elección de varios de los magistrados que luego ejercieron como sus electores al elegirlos como miembros de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

La Sala Plena¹¹ dio por probado el cargo al encontrar que tal

11 Como sustento de esa decisión, se tiene “(...) El segundo inciso del artículo 126 C. P. introduce un matiz: dispone que un servidor público no pueda nombrar como empleado a familiares de otros servidores competentes para intervenir en su designación. En este caso, la norma enfatiza no en los lazos familiares, maritales o de unión permanente, sino en el poder de intervenir en un nombramiento. El análisis de la norma, a la luz del conjunto de preceptos constitucionales, permitiría concluir que si designar al familiar, al cónyuge o compañero (a) permanente es reprochable, lo es porque genera los mismos vicios que designar al propio servidor público. En consecuencia, no habría razón para sostener que la norma autoriza que un servidor público intervenga en la elección de una persona gracias a la cual está ocupando el cargo.

(...) En suma, si bien se acepta que la Asamblea Constituyente decidió excluir del artículo 126 C. P. la salvaguarda de que el elegido pueda nombrar a su elector en consideración a las dificultades que ello implicaba respecto de los cargos de elección popular, no lo es menos que dicho argumento no puede esgrimirse como excluyente de la previsión ínsita en la norma citada que impide, en los demás casos, incluyendo los nombramientos en la rama judicial, que el servidor público B que ha sido designado por A pueda, a su vez, nombrar a A en cargos públicos.

(...) El análisis hecho por la Sala que consideró el contexto normativo en el que se inserta el inciso segundo del art. 126 C. P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– y la finalidad que la norma persigue, aunado a la aplicación de distintos métodos hermenéuticos traídos de la teoría jurídica, permite concluir que entre los medios existentes en nuestro ordenamiento constitucional para asegurar que se materialicen los bienes jurídicos anteriormente nombrados se encuentra el impedir al ahora elector designar a familiares de su pasado elector, de forma que no se confunda el alto objetivo de integrar idóneamente al Estado –en el presente caso los máximos órganos de la rama judicial– con prácticas indebidas y contrarias al sistema axiológico de la Constitución. Dicho de otro modo, siendo la intención que devela el precepto aludido la de materializar el sistema de valores y principios constitucionales, no puede la norma impedir el nombramiento de parientes del servidor público y permitir la de él mismo, cuando ha participado en la designación o elección de los ahora electores, sin socavar con ello su finalidad. La permisón de elegir al antes elector hace nugatoria la finalidad misma de la norma, a saber, impedir la confusión entre el interés general –de elegir servidores públicos en forma igualitaria, correcta e imparcial– y el interés particular –del inicial servidor público que ha elegido al que ahora lo elige a él– (Negrilla y subrayas fuera de texto original).

prohibición está implícita en el artículo 126 Superior, pues solo este entendimiento de la norma es coherente con la finalidad de tal limitante y atiende a los principios y valores fundamentales de nuestro Estado Social de Derecho.

Como resulta evidente, se trató de un escenario diferente respecto de los supuestos fácticos a los que ahora propone el señor Sánchez Arrieta (junto con los coadyuvantes de la demanda), toda vez que, se reitera, la elección de los Congresistas que eligieron al demandado fue fruto de la voluntad popular y no así de un cuerpo elector que estuviere integrado por la señora Nora María García o por el señor Carlos Ernesto Camargo Assis.

Por último, el actor solicitó que en el sub examine se tenga en cuenta la decisión del 21 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que en un caso similar declaró la nulidad de la elección de la Personera Municipal del Municipio de Altos del Rosario (Mildreth de la Puente Quiroz), “con el argumento de que por ser sobrina de uno de los concejales que intervino en su designación, estaba imposibilitada para aspirar a dicho cargo en los términos del artículo 126 constitucional, así el familiar no participe en la elección, pues el solo parentesco vicia la elección”.

El precedente judicial obligatorio es el vertical ascendente. Además,

como ya se puso de presente en líneas anteriores, ya existe sobre la norma en consideración: el artículo 126 Superior, unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, decisión que es la llamada a prevalecer respecto de su alcance hermenéutico, según las voces de los artículos 256 y siguientes del CPACA.

Por consiguiente, lo que se impone, es desestimar las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA:

Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral que interpuso el señor Gustavo Adolfo Sánchez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

SENADOR POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN NACIONAL ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS – Inscripción de listas. Normativa aplicable / SENADO DE LA REPÚBLICA – Integración

El artículo 171 de la Constitución Política establece que el Senado de la República lo integran los 100 miembros que son elegidos por circunscripción nacional y dos (2) más, que representan la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. La asignación de las curules se rige por el sistema del cociente electoral, no por el general del umbral y cifra repartidora. A los aspirantes a ser elegidos por esta circunscripción especial se les exige que hayan ejercido cargos de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o hubiesen sido líderes de una organización indígena, según certificación que de ello expida la respectiva comunidad y la refrende el Ministerio del Interior. Esta integración como ya se ha dicho, es el resultado de privilegiar y reconocer la manifestación de la diversidad étnica y cultural de nuestro Estado Social de Derecho, como deber de garantía a la participación de estos grupos minoritarios en el Congreso a fin de hacer efectiva su representación política promoviendo la convivencia democrática y participativa, reconociéndole su afianzamiento político.

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente cuando se estudiaba la propuesta de conformación del Senado de la República con estas dos curules por la circunscripción de comunidades indígenas, como parte de la exposición de motivos se dijo: “Si la morfología del Congreso no requiere cambios significativos, la composición de las cámaras lo exige a fin de garantizar la representación en ellas de grupos sociales actualmente ausentes del órgano, así como de racionalizar las relaciones entre el volumen de integrantes de las corporaciones y el total de la población del país. [...] La otra deficiencia del sistema de composición del órgano legislativo que debe ser solucionada es la relativa a la representación de los componentes minoritarios de la nacionalidad, es decir, a las comunidades indígenas. [...] De allí que el rango social de las diversidades étnicas sea diferente y superior al de las minorías partidistas, y que, en cuanto componentes de la Nación, no sea dable reducir su consideración al alcance que les confiera el accidente de la lucha electoral: su participación en el escenario de la representación nacional no puede ser un simple resultado de contingencias comiciales en las que se debate el “como” (sic) del Estado y no el “qué” esencial y permanente de la propia nacionalidad. [...] Resulta claro pues, que al conjunto de las distintas comunidades indígenas debe reservarse un número de curules, destacadas de las restantes mediante asignación de una circunscripción especial, con el fin de dar por su medio expresión política constante a un elemento de la Nación conformado por la pluralidad étnica [...]”. Así, establecer la circunscripción especial indígena del Senado de la República implica reconocer que existen diferencias para el acceso a los cargos de representación popular en condiciones de relativa igualdad. Por ello dicho acceso a estas curules por quienes representan tales comunidades es lo que ha dado en denominarse en los sistemas electorales como

una “discriminación electoral positiva”. Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-484 de 1996: “La creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella se modifica – en mayor o menor medida – la forma en que surge la representación política.

En efecto, los estudiosos del tema electoral afirman que el establecimiento de las circunscripciones electorales – su tamaño, su delimitación– es uno de los aspectos más importantes para la determinación del sistema electoral de un país.” En este orden de ideas, y para el caso concreto es preciso que la Sala efectúe el recuento de las exigencias especiales que deben cumplirse para la inscripción de candidaturas para esta circunscripción especial del Senado y examine y defina si como lo invoca el actor, el cambio de los estatutos del partido que avaló al demandado impedía que lo hiciera válidamente, como candidato a la circunscripción especial indígena.

Nota de relatoría: Sentencias C-484 de 1996 y C-169 de 2001. Corte Constitucional.

Fuente formal: Constitución Política – artículo 171

LEY 1475 DE 2011 – Inscripción de candidaturas / PARTIDOS O MOVIMIENTOS MINORITARIOS – Pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y las minorías / PARTIDOS O MOVIMIENTOS MINORITARIOS – Están facultados para inscribir candidatos para el Senado tanto por la circunscripción ordinaria como por la especial de minorías étnicas / PARTIDO ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE – El cambio de naturaleza no le impedía inscribir candidatos por la circunscripción especial indígena

Esta Ley es estatutaria. Por ella “se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, y se desarrollan los artículos 107, 108, 109 y 134 de la Constitución Política. (...) de conformidad con el artículo 108 Superior, la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos que se creen para la representación política de las minorías étnicas, la obtienen con el solo hecho de conseguir representación en el Congreso, a diferencia de los otros partidos políticos deben superar el porcentaje del 3% en la votación válida obtenida en el territorio nacional para Senado o Cámara de Representantes. A partir de lo anterior y para el caso sub examine habrá de ocuparse y definir la Sala de si obtenida la personería jurídica por lograr representación en el Congreso, tales partidos se encuentran habilitados para avalar candidatos por otras circunscripciones además de la especial y de si con ocasión de la reforma de sus estatutos, específicamente en cuanto a su naturaleza del partido, le está prohibido inscribir candidatos para la circunscripción especial, por no estar representando exclusivamente a las comunidades indígenas.

El primero de los interrogantes queda solucionado con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que al responder

una consulta que se le formuló, precisó: 1. “¿Si el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 que prohíbe a los partidos con personería jurídica presentar candidatos a la circunscripción de minorías étnicas incluye también aquellos partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas? No. La prohibición establecida en el inciso 2° del artículo 28 de la ley 1475 de 2011, no se aplica a los partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas. 2. “¿Estos partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y las minorías?” Sí. Por cuanto no existe una norma que así lo prohíba y porque además resultaría discriminatorio para los intereses de los partidos que representan estas comunidades, sin que exista un fin constitucional que así lo justifique.” Conforme a este concepto que la Sala avala, aplicándolo al caso concreto, significa que el Partido ASI podía participar en los comicios para elegir los representantes al Senado de la República por la circunscripción especial de las comunidades indígenas, pues tuvo origen en su fundación con el propósito de agrupar la población indígena que representa, y ello le permitió lograr su inicial participación al Senado, al obtener una curul.

Tal determinación respecto de que los partidos y movimientos políticos surgidos inicialmente para la representación especial por comunidades indígenas y que luego obtienen personería jurídica sí están facultados para inscribir candidatos para el Senado tanto por la circunscripción ordinaria como por la especial de minorías étnicas, fue el sentido del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en respuesta a la consulta que se le elevó. En el caso bajo examen, está probado que el actual Partido – ASI obtuvo personería jurídica por haber logrado representación en el año 1992 en el Senado de la República y, desde entonces, esta se encuentra vigente. Que la naturaleza que el inicial Movimiento registró en sus iniciales estatutos y los que rigen en la actualidad al Partido, no variaron el carácter étnico y pluralista que le permitió acceder a participar en dichos comicios, que lo ratificaron como un movimiento con origen indígena. Su condición étnica se mantiene pese a los cambios estatutarios del Partido y no lo limitan en el ejercicio de su derecho de conformación del poder público por la circunscripción especial indígena que representa. Finalmente, debe decirse que la participación del partido ASI en los comicios electorales para el período 2014–2018, por la circunscripción especial indígena, estuvo precedida del amparo tutelar que le fue concedido y porque el demandado acreditó, con los documentos idóneos para la inscripción, su pertenencia a una comunidad indígena en los términos del artículo 171 Superior. Todo lo anterior, impone que se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, y aquel que lo aclaró, respecto de la elección que fue objeto de examen.

Nota de relatoría: Concepto de 18 de abril de 2013. Rad. 2013–00051–00(2141). Sala de Consulta y Servicio Civil.

Fuente formal: Ley 1475 de 2011 – artículo 28

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001–03–28–000–2014–00104–00

Actor: Manuel Viterbo Palchucan Chingal

Demandado: Senador de la República por la Circunscripción Nacional Especial de las Comunidades Indígenas

Luego de agotadas las etapas procesales correspondientes, procede la Sala a decidir la demanda presentada por el señor Manuel Viterbo Palchucán Chingal dirigida a obtener la nulidad parcial de las Resoluciones 3006 de 17 de julio y 3067 de 29 de julio de 2014, expedidas por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección del señor Marco Aníbal Avirama Avirama como Senador de la República por la circunscripción nacional especial de las Comunidades Indígenas, para el período constitucional 2014 – 2018 y la aclaró en el sentido de corregir el nombre del partido por el que resultó elegido, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La presentó el señor Manuel Biterbo Palchucán Chingal por intermedio de apoderada judicial quien en ejercicio de la acción de nulidad electoral, cuestiona el acto de elección como Senador de la República por la circunscripción especial de indígenas, del señor Marco Aníbal Avirama Avirama, porque dice fue elegido sin reunir los requisitos constitucionales o legales de elegibilidad.

2. Fijación del litigio

De conformidad con la demanda se señaló en la audiencia inicial celebrada el 12 de diciembre de 2014, que el problema jurídico a resolver recaía en la siguiente censura:

“¿Si el partido Alianza Social Independiente (ASI), que cambió su naturaleza según el artículo 1° de la última reforma estatutaria surtida, podía inscribir válidamente candidatos por la circunscripción especial indígena?”

“[...] ¿que a partir del cambio o razón del movimiento Social Indígena por el de Alianza Social Independiente, y por la forma como se definió la razón social en el artículo 1°, dejó

de ser un movimiento indígena para convertirse en un partido independiente. Razón por la cual no tenía la capacidad legal para inscribir candidatos al Senado de la República por la circunscripción especial indígena?

3. Fundamentos de hecho

Para resolver el problema jurídico sobre el cual recae la demanda, es preciso traer a colación los hechos que las partes compartieron, según se determinó en la audiencia inicial, así:

- Que el Consejo Nacional Electoral, por medio de la Resolución N° 4344 de 27 de noviembre de 2012, aceptó el registro de la reforma estatutaria y código de ética del Partido Político Alianza Social Independiente (ASI).
- Que el señor **MARCO ANÍBAL AVIRAMA AVIRAMA** se inscribió como candidato al Senado de la República – Circunscripción Especial Indígena para el período 2014 – 2018.
- Que el 9 de marzo de 2014 se realizaron las elecciones para conformar el Congreso de la República.
- Que según el formulario E-26 en la jornada electoral el Partido Político Alianza Social Independiente (ASI) obtuvo 35.906 votos, de los cuales el candidato **MARCO ANÍBAL AVIRAMA AVIRAMA** logró 12.842¹ votos.

Con ocasión de los resultados electorales se profirieron las Resoluciones N°s. 3006 y 3067 de 17 y 29 de julio de 2014 respectivamente, por medio de las cuales el Consejo Nacional Electoral respectivamente declaró la elección del doctor **MARCO ANÍBAL AVIRAMA AVIRAMA** como Senador de la República por la Circunscripción Especial Indígena y aclaró que el partido por el cual resultó elegido es Alianza Social Independiente (ASI), y no Alianza Social Indígena como quedó registrado en el acto de elección.

4. Concepto de la violación

Se sustenta en que el Partido Alianza Social Independiente (ASI) dejó de ser, a juicio del demandante, una organización **política de minorías étnicas y se convirtió en un Partido “ordinario”**, situación que le implicó que no estuviera facultado para inscribir y/o avalar la lista al Senado que encabezó el demandado, que se candidatizó por la circunscripción especial indígena.

Indica que dicho cambio de naturaleza jurídica y política, del inicial movimiento Alianza Social Indígena, se hizo mediante reforma estatutaria, aprobada por la Dirección Nacional del

Partido los días 27 y 28 de abril de 2012 y, autorizada por la Resolución N° 4344 de 27 de noviembre de 2012, proferida por el Consejo Nacional Electoral.

Con fundamento en lo anterior, el demandante considera que el acto de elección se subsume en la causal 5° de nulidad contemplada en el artículo 275 del CPACA, atinente a que el demandado elegido senador “*no reúne los requisitos constitucionales o legales de elegibilidad*”.

Alega que ello es así pues de acuerdo con esta normativa, para resultar legalmente elegido necesitaba “**inscribirse y ser avalado por un partido o movimiento político indígena**”. Y que el señor Avirama Avirama obtuvo aval de un partido ordinario y no por un partido indígena, pues al convertirse en Alianza Social Independiente dejó de serlo, en razón a la modificación de sus estatutos y al cambio de su naturaleza y objeto. Todo lo anterior, insiste, porque pasó de “*Partido Alianza Social Indígena*” a “*Partido Alianza Social Independiente*”.

Que así se lee del artículo 1° de la mencionada reforma estatutaria en cuanto dispuso:

“Naturaleza. El Partido Político Alianza Social Independiente (ASI), es una asociación voluntaria multiétnica y pluricultural de ciudadanos y ciudadanas, donde confluyen además fuerzas políticas, organizaciones étnicas y culturales que, sin perder su identidad, tienen como propósito construir una opción de poder político, democrático, y participativo en nuestro país”.

Asegura que este cambio en la identidad del partido, que antes constituía una organización exclusivamente indígena, implicó que se desnaturalizara y perdiera su intención primigenia. Que ello representa que se eliminó esa representación política auténtica que quiso el constituyente de 1991 para quienes participan por esta circunscripción, puesto que insiste, el partido ahora es ordinario.

Señala que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, “[...] Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, **excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.** [...]”

Considera que este precepto se vulnera de manera flagrante por el demandante en cuanto fue inscrito por un partido político ordinario y no por uno de sustrato indígena.

Que lo que prohíbe esta disposición es que los partidos ordinarios como el Partido Alianza Social Independiente (ASI), avalen o inscriban listas al Senado de la República por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Que de incumplirse esta prohibición incluso se vulnera el artículo 108 Superior.

También estima que el acto de elección incurre en la causal de anulación general prevista en el artículo 137 numeral 3

¹ Esta cifra fue objeto de corrección por parte del apoderado del demandado quien adujo que los votos que obtuvo su representado son cercanos a los 16.000. A pesar de este señalamiento se dejó la constancia correspondiente pero bajo la precisión que la cifra de 12.842 votos fue la aludida en la demanda y que al contestarse la acción no hubo oposición.

del CPACA, en cuanto contradice principios en los que debía haberse fundado en los cuales está estructurado nuestro Estado Social de Derecho, como democrático, participativo y pluralista. Sostiene que el hecho de que un partido ordinario, inscriba y avale a candidatos por la circunscripción especial indígena, constituye una “*afrenta y un raponazo*” al pluralismo político, a la representación y a la participación de las minorías.

Que la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 1994, justificó la limitación de la facultad que tienen los partidos y movimientos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos de elección popular e impedir avalar candidatos por la circunscripción especial de minorías étnicas de Senado y Cámara de Representantes por los partidos ordinarios. Que con tal pronunciamiento se garantizó la protección de uno de los bienes amparados por la Carta Política: el relativo a que las comunidades étnicas estén efectivamente representadas en las corporaciones públicas del orden nacional, pues no solo quien se postula debe ser un representante y miembro de un grupo étnico como lo establece el artículo 171, inciso 3° de la C. P., sino que también debe estar avalado políticamente por organizaciones que representen a tales comunidades, cuyo interés principal sea el de procurar las necesidades de esta población minoritaria.

Agrega que el pluralismo político se ha de concebir como esa “*actitud del poder que acepta diversidad de opiniones sobre la realidad*”. Que no solo tolera la diversidad de opiniones sino que propicia el buen Gobierno y constituye un estímulo para que se expresen las divergencias, todo en garantía de una vida social de sana participación.

Finaliza con el siguiente argumento: “*los partidos políticos ordinarios, no pueden burlar a las comunidades indígena, su auténtica representación política, dando un golpe de gracia al multiculturalismo y a las pluriétnias*”.

5. Trámite y audiencias

5.1. La admisión de la demanda

De manera previa a resolver sobre la admisión de la demanda, por auto del 9 de septiembre de 2014² se ordenó corregir el escrito a efectos de que el demandante no acumulara causales de índole objetiva y subjetiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 281 del CPACA.

El demandante corrigió los defectos señalados en el auto de corrección y limitó su demanda a la causal de índole subjetivo contenida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA. En razón a ello, la Sala por auto del 8 de octubre de 2014 admitió la demanda y ordenó notificar al demandado. También se ordenó la notificación personal de esa decisión al Registrador Nacional del Estado Civil, al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Ministerio Público³. La solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados se negó.

² Folio 185 – 187 del C. anexo.

³ Folios 197 – 203 del C. anexo.

Durante el término de contestación el demandado acudió en tiempo a manifestarse sobre el libelo interpuesto en contra del acto de elección. También la Registraduría Nacional del Estado Civil por intermedio de apoderado contestó la demanda, así:

5.1.1 Por parte del demandado

Concurrió por intermedio de apoderado judicial a contestar la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, basado en los siguientes argumentos de defensa:

- Hizo alusión al régimen de los partidos políticos y al reconocimiento superior que la Carta hace a la conformación, ejercicio y control político. También invocó que es el artículo 108 Superior el que le otorga personería jurídica a aquellos movimientos que en la circunscripción especial de indígena hayan obtenido representación en el Congreso.
- Indica que una de las circunscripciones que componen el Congreso son las denominadas especiales, dentro de la que se encuentran entre otras, las de comunidades indígenas.
- Descendiendo al caso bajo examen considera que el actor realiza una “*interpretación errónea y [...] subjetiva sobre la consecuencia de la modificación de los Estatutos y adopción del Código de ética y la efectiva representación de las comunidades indígenas en el partido ASI*”.
- Que la intervención de la población indígena en los procesos electorales del país data de la década de los 60’ con la creación del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y luego en los 80’ con la agrupación de los pueblos indígenas en la ONIC “*Organización Nacional Indígena de Colombia*”. Que en la Asamblea Nacional Constituyentes actuaron tres delegados indígenas: Lorenzo Muelas (Misak), Francisco Rojas Birri (Embera) y Alfonso Peña Chepe (Nasa), participación que logró que para el año 1992 los grupos étnicos obtuvieran representación en el Congreso de la República.
- Que el partido Alianza Social Independiente (ASI) y AICO han mantenido desde entonces la representación en el Congreso, y dice que ASI trabaja desde su creación con grupos de campesinos y de comunidades negras y que ha participado únicamente por la circunscripción de comunidades indígenas, en tanto es portavoz de la “*lucha indigenista*”.
- Señala que de conformidad con un antecedente jurisprudencial de esta Sección, la modificación del cambio de nombre del “*Movimiento Alianza Social Indígena*” a “*Partido Alianza Social Independiente*” no significa la cesación de la persona jurídica, porque se refiere al mismo ente, y por ello no es aceptable el señalamiento del demandante en el sentido de que se produjo la “*desnaturalización y pérdida del rumbo primigenio*”. También alega que la modificación de los estatutos se hizo en cumplimiento de la orden contenida en el artículo 4° de la Ley 1475 de 2011.

- Indica que en virtud de la inexecutable del inciso 3° del artículo 28 del proyecto de Ley 190 de 2010 Senado, 092 de 2010 Cámara, los delegados del partido ASI elevaron petición ante el Consejo Nacional Electoral para que se les absolvieran unas dudas en relación con la *“forma de participación e inscripción de candidatos para las elecciones al Congreso de la República por la circunscripción especial de minorías étnicas para el periodo constitucional 2014–2018”*. También el demandado en su condición de indígena, miembro fundador de ASI, solicitó ante el CNE y la Registraduría Nacional del Estado Civil a fin de establecer si *“las autoridades indígenas tienen la potestad de avalar listas a la circunscripción especial del Senado de la República [...] o por el contrario requieren de la presentación de firmas y la constitución de una póliza de seriedad para inscribir y participar electoralmente por esta circunscripción [...]”*.
- Explica que como vio que la respuesta del CNE fue la de señalar que existía un *“vacío jurídico”* y *“para las próximas elecciones, no se encuentra regulado ningún mecanismo o trámite que permita o posibilite la inscripción de candidaturas para la circunscripción especial”* y además que *“la participación de las minorías étnicas se supedita[ba] a las mismas exigencias previstas para los partidos tradicionales”*, estimó vulnerados sus derechos fundamentales hecho que motivó el ejercicio de la acción de tutela a efectos de que se le garantizaran sus derechos políticos. En primera instancia⁴ le fue concedido el amparo deprecado con apoyo en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el tema de participación de las minorías. Tal decisión fue impugnada por el Consejo Nacional Electoral, y se resolvió confirmar el fallo.
- Basado en lo anterior estima que el Partido Alianza Social Independiente podía presentar listas al Congreso de la República en representación de las minorías étnicas, lo cual desvirtúa la afirmación errónea del actor según la cual la ASI es un partido ordinario sin la facultad de participar por la circunscripción de comunidades indígenas.
- Además señala que el elegido cumple con los requisitos exigidos por el artículo 171 de la C. P. porque pertenece al pueblo Kokonuco asentado en el departamento del Cauca, elegido en varias ocasiones como: i) Gobernador del Cabildo de dicha *“parcialidad”* indígena en Asamblea del pueblo Kokonuco, ii) líder del movimiento Regional indígena del Cauca Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC).
- Finalmente señala que la resolución que declaró la elección y aquella que dispuso la corrección por un error de

digitación en el nombre del partido, son actos que gozan de presunción de legalidad y de ninguna manera afectan el orden público, político, económico, social o ecológico.

5.1.2. De la Registraduría Nacional del Estado Civil

Esta entidad fue inicialmente vinculada mediante notificación del auto admisorio de la demanda al proceso, pero en virtud de la excepción que propuso denominada *“Falta de Legitimación en la causa por pasiva”*, en la audiencia inicial se acogió, por lo cual quedó excluida del proceso electoral. Este motivo releva a Sala de relacionar los argumentos expuestos en la contestación.

5.1.3. El tercero interviniente

El señor Aníbal Mercado Torres en su escrito de coadyuvancia solicitó que se acumularan las demandas presentadas contra la misma elección en las que se discutían causales objetivas y subjetivas. También expuso que la elección acusada se encuentra viciada porque no se cumplió con la cuota de género que debía respetarse por las listas que inscribieron candidatos.

5.2 De la audiencia inicial

Por auto del 27 de noviembre de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas se dispuso señalar día para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora se pronunció frente a: **i)** la intervención del señor Aníbal Mercado Torres quien se presentó en condición de coadyuvante de la demanda, aceptándola⁵. **ii)** El saneamiento del trámite. Con tal fin se resolvieron las excepciones previas, en este caso, las que planteó la Registraduría Nacional del Estado Civil, y en tal sentido, se declaró probada la excepción de *“falta de legitimación en causa por pasiva”*, bajo la consideración que los cargos propuestos en la demanda no guardan ninguna relación con la actuación de esa entidad y su presencia no se hacía necesaria en el proceso. **iii)** Se fijó el litigio en los términos antes planteados, y **iv)** Se decretaron las pruebas solicitadas por el demandante, entre estas la documental pedida. Y se tuvieron como pruebas los documentos que se acompañaron con la contestación de la demanda.

5.3. Audiencia de práctica de pruebas

En la audiencia inicial y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA y en observancia del principio de economía procesal, se prescindió de la práctica de esta

⁴ Se concluyó en el mencionado fallo lo siguiente: “[...] habrá de ampararse los derechos políticos del accionante, como de su partido y ordenar a las autoridades electorales, puntualmente a la Registraduría Nacional del Estado Civil que permita la inscripción de listas presentadas por el Partido Alianza Independiente al Congreso de la República en representación de minorías étnicas, dentro del calendario determinado en la Resolución N° 1444 de 2013”. (fls. 223 – 230 expediente).

⁵ En este momento denegó la solicitud de acumulación que planteó el coadyuvante, bajo el entendido que no pueden acumularse causales de nulidad objetivas con aquellas de carácter subjetivo. También rechazó la posibilidad de juzgar la legalidad del acto acusado con sustento en que la lista inscrita por el movimiento Alianza Social Independiente (ASI), por el que resultó elegido el demandado, no tomó en cuenta la paridad o igualdad entre hombres y mujeres al momento de integrar esa lista, ello porque tal alegación constituye un nuevo cargo frente a las censuras planteadas en la demanda.

audiencia. Sin embargo, se dispuso que de los documentos decretados se corriera traslado por un término común de cinco (5) días, para que las partes se pronunciaran. Una vez transcurrió dicho término no hubo ninguna manifestación por las partes

5.4. Alegaciones por escrito

Por auto del 26 de febrero de 2015, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión. También se informó que en igual término el representante del Ministerio Público podía emitir su concepto. Las partes y el Ministerio público se pronunciaron como sigue:

5.4.1. El apoderado del actor

Mediante escrito visible al folio 413 del C. anexo del expediente el demandante reitera los planteamientos de su demanda. Indica que según las sentencias C-089-94 y C-490-11 solo podrán postular candidatos al Congreso de la República las agrupaciones políticas de carácter minoritario de naturaleza indígena.

Insiste en que el partido político Alianza Social Independiente (ASI) no es un **partido indígena**, no representa una minoría étnica y dejó de serlo cuando modificó sus estatutos y presuntamente abandonó la representación política de los indígenas.

5.4.2. El apoderado del demandado

Según escrito visible a los folios 182 a 196 del expediente, el representante judicial del elegido insiste en las razones de defensa que adujo en la contestación y señala como alegación final:

- Que existe cosa juzgada administrativa sobre la naturaleza del Partido (ASI), con ocasión de lo decidido por esta Sección Quinta del 2 de mayo de 2013, en relación a que el cambio del nombre del partido no implica ni la extinción del partido ni la creación de uno nuevo. Que el partido que avaló al elegido tiene personería reconocida desde el 18 de febrero de 1992, lo que desvirtúa que se trate, como lo alegó el actor, de un **partido ordinario**.
- Que las decisiones de tutela que ampararon la situación política del Partido ASI, constituyen la protección de sus derechos fundamentales.
- Alega que la presente acción tiene carácter particular en tanto el interés que la precede es personal, individual y concreto para que se llame a ocupar la curul a quien funge como demandante inscrito por el movimiento Autoridades Indígenas de Colombia (AICO).
- Que resultan falsas y erróneas las afirmaciones que soportan la demanda en cuanto el actor alega que el elegido fue inscrito por un partido ordinario.

- Precisa que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de la C. P., los únicos requisitos y exigencias a los representantes del Senado por la circunscripción especial de indígenas es el de: i) haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o ii) haber sido líder de una organización indígena. Que estos requisitos están ampliamente cumplidos por el senador Avirama Avirama.

5.4.3. El Ministerio Público

El Procurador Delegado ante la Sección Quinta considera en su concepto que la pretensión de nulidad no está llamada a prosperar porque:

- La prohibición del artículo 28 del numeral 2 de la Ley 1475 de 2011 “*Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*”, se predica únicamente de los partidos y movimientos que adquieran su personería por el régimen ordinario, esto es, de conformidad con el artículo 108 Superior por haber superado el 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional para dichas elecciones.
- Explica que pese a que el máximo tribunal constitucional declaró la inexecutable del inciso 3° por falta de agotamiento de la consulta previa, el entendimiento de tal decisión es que los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que adquirieron su personería jurídica por “*cumplimiento del régimen excepcional, pudieran seguir postulando candidatos a las circunscripciones especiales indígenas*” e incluso a la ordinaria⁶.
- Que al partido Alianza Social Indígena (ASI), hoy Independiente, le fue reconocida su personería jurídica mediante el régimen excepcional, es decir, por el hecho de haber obtenido representación en el Congreso de la República, luego es procedente su participación bajo esta consideración.
- En cuanto a la modificación del nombre del partido en razón de la reforma estatutaria, refiere que ello de ninguna manera representa variación en su personalidad jurídica ni en su extracción minoritaria. Para sustentar esta conclusión transcribe apartes del fallo dictado el 2 de mayo de 2013 por esta Sección⁷.

6 Sobre el particular cita reciente fallo de la Sección Quinta dictado el 11 de diciembre de 2014, Expediente N° 110010328000201400053-00 C. P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Actor: Procuraduría General de la Nación.

7 La sentencia en cita la dictó el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. C. P.: doctor Mauricio Torres Cuervo. Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00810-01. Actor: Oscar David Méndez Morales. Demandado: Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3⁸ del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13–4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁹.

2. El acto acusado

Lo constituye la Resolución N° 3006 de 17 de julio en cuanto declaró la elección del señor Marco Aníbal Avirama Avirama como Senador de la República por la circunscripción nacional especial de las Comunidades Indígenas, para el período constitucional 2014–2018 y la 3067 de 29 de julio de 2014, que la aclaró en cuanto al nombre partido por el que el demandado resultó elegido.¹⁰

3. De la fijación del litigio

El problema jurídico se circunscribe a definir si a partir del cambio del Movimiento Social Indígena por el de Alianza Social Independiente, debido a la manera como se identifica su razón social en el artículo 1°, dejó de ser un movimiento indígena para convertirse en un partido independiente, y si por tal motivo, no tenía la capacidad legal para inscribir candidatos al Senado de la República por la circunscripción especial indígena.

El actor plantea que la elección como Senador de la República del señor Avirama Avirama es nula porque a su juicio incurrió en la causal que contempla el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, en cuanto su inscripción debió avalarse por un partido de naturaleza indígena para que gozara de validez.

4. De las pruebas que obran en el expediente

Conforme a las pruebas que aportaron las partes, demandante y demandada, se tiene que está probado que:

- El demandante fue elegido Senador de la República para el período 2014–2018, según consta en la Resolución N° 3006 de 2014, y su aclaratoria la N° 3067 también de 2014, que la corrigió en cuanto a que señaló que el nombre correcto del

partido que avaló al elegido Marco Aníbal Avirama Avirama es el Partido Alianza Social Independiente (ASI)¹¹.

- En el consolidado del formulario E–26 Senado se registró que la votación que obtuvo el partido que avaló a dicho candidato fue de 35906¹² votos.
- Resolución N° 18 de febrero 18 de 1992 expedida por el Consejo Nacional Electoral¹³, en la que se dispuso lo siguiente:

“Que los señores Francisco Rojas Birry y Pablo Tattay, obrando en calidad de representantes legales de la Organización Alianza Social Indígena (ASI), han solicitado al Consejo Nacional Electoral el reconocimiento de personería jurídica en favor de dicha organización política.

Que para el efecto adjuntaron todos los requisitos que prevé la Ley 58 de 1985, a saber: Estatutos, declaración programática, etc.

Que la constitución Política vigente en el artículo 108 dispone: El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos que se organicen para participar en la vida democrática del país, cuando comprueben su existencia con no menos de cincuenta mil firmas, o cuando la elección anterior hayan obtenido por lo menos la cifra repartidora o alcanzado representación en el Congreso

Que la “ALIANZA SOCIAL INDÍGENA”, alcanzó representación en el Congreso de la República en las elecciones del 27 de octubre de 1991, en cabeza del señor ANATOLIO QUIRA GUAUÑA, elegido Senador según Resolución número 121 de noviembre 25 del mismo año proferida por esta Corporación; y

Que, en consecuencia, la aludida Organización tiene derecho a que se le reconozca Personería Jurídica,

RESUELVE:

Artículo primero: Reconócese personería jurídica a la organización “ALIANZA SOCIAL INDÍGENA”. [...]

- Certificación otorgada el 3 de octubre de 2013 por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral, en la que se hace constar:

“QUE AL MOVIMIENTO ALIANZA SOCIAL INDÍGENA – ASI se le reconoció personería jurídica mediante Resolución 018 del 18 de febrero de 1992, proferida

8 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

9 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

10 folio 145 del expediente.

11 Folios 14 a 40 del C. anexo.

12 Folio 41 a 61 del C. anexo.

13 Se puede consultar al folio 84 y 85 del expediente.

por el Consejo Nacional Electoral la cual se encuentra vigente.

Que mediante Resolución 0358 del 05 de mayo de 2009, se inscribió como Presidente del citado Movimiento, al señor ALONSO TOBÓN TOBÓN, identificado con cédula de ciudadanía número 3.347.478 de Medellín. A partir de dicho acto administrativo no aparecen nuevas inscripciones.

Que mediante Resolución 0503 de 06 de julio de 2011, proferida por el Consejo Nacional Electoral se registro (sic) el cambio de nombre del Movimiento Alianza Social Indígena por el de PARTIDO ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE – ASI.”

- Estatutos del Movimiento Alianza Social Indígena y sus diferentes transformaciones hasta los vigentes para la época como Partido Político Alianza Social Independiente, en los que se hace especial mención a la evolución en cuanto a la naturaleza del mismo:

- **Estatutos primigenios del partido:**

“Artículo 1° Naturaleza. La organización que se regirá por medio de estos estatutos es un movimiento de naturaleza política, con carácter democrático, participativo, conformado por sectores sociales y políticos de iguales características”¹⁴

- Acta de la III Convención Nacional Extraordinaria realizada en la ciudad de Cali los días 28 y 29 de enero de 2011. En esta se votó por el cambio del nombre, de Alianza Social Indígena a Alianza Social Independiente. También se reformó en razón al cambio de movimiento a partido, la naturaleza del mismo que quedó registrada en los siguientes términos¹⁵:

“Naturaleza. El partido político Alianza Social Independiente (ASI), es una asociación voluntaria multiétnica y pluricultural de ciudadanos y ciudadanas, donde confluyen además fuerzas políticas, organizaciones sociales, étnicas y culturales que, sin perder su identidad, tienen como propósito construir una opción de poder político, democrático, y participativo en nuestro país”.

- Estatutos del partido con las modificaciones introducida en la XXII Dirección Nacional, realizada en la ciudad de Villeta (Cundinamarca), el 27 y 28 de abril de 2012¹⁶:

“Artículo 1° Naturaleza. El partido político Alianza Social Independiente, ASI, es una asociación voluntaria multiétnica y pluricultural de ciudadanos y ciudadanas, donde confluyen además fuerzas políticas, organizaciones

sociales, étnicas y culturales que, sin perder su identidad, tienen como propósito construir una opción de poder político, democrático, y participativo en nuestro país”.

- Estatutos del Partido Social Independiente – ASI¹⁷ (Versión con modificaciones realizadas en Bogotá, 25, 26 y 27 de enero de 2013, durante la VIII Convención Nacional, del cual se aprecia que su naturaleza y nombre:

“Artículo 1. Naturaleza. El partido político Alianza Social Independiente, ASI, es una asociación voluntaria multiétnica y pluricultural de ciudadanos y ciudadanas, donde confluyen además fuerzas políticas, organizaciones sociales, étnicas y culturales que, sin perder su identidad, tienen como propósito construir una opción de poder político, democrático, y participativo en nuestro país.

Artículo 2. Nombre. El partido político se denomina ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE, y su sigla es ASI”.

- Formulario E-6 SI por medio del cual se realiza la inscripción de la lista de candidatos por el Partido Alianza Social Independiente (ASI) a efectos de participar en la elecciones a celebrarse el 9 de marzo de 2014, período 2014 – 2018.¹⁸
- Aval otorgado por el representante legal del Partido Alianza Social Independiente (ASI) al señor Marco Aníbal Avirama Avirama, para la circunscripción especial Indígena del Senado de la República¹⁹.

5. De la decisión

5.1. Del derecho a constituir partidos y movimientos políticos

En el marco de las garantías constitucionales que la Carta Política de 1991 le reconoce a los ciudadanos según el artículo 40 Superior, el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, no sólo se traduce en la facultad de elegir y de ser elegido, sino también en la posibilidad de fundar partidos y movimientos políticos. Entonces, es de rango superior la posibilidad de conformar organizaciones para la difusión de ideas, a efectos de participar en la gobernabilidad de la Nación.

Ahora bien, los derechos que de manera especial y en materia de participación política le son conferidos a la población indígena son consecuencia del carácter pluricultural y étnico de nuestro Estado, según lo dispone el artículo 7^o²⁰ de la Constitución de

¹⁴ Folios 076 –083 del expediente.

¹⁵ Esta reforma fue autorizada por la Resolución N° 503 de 2011 expedida por el Consejo Nacional Electoral (fls. 269–315)

¹⁶ Esta reforma estatutaria de aprobó por Resolución N° 4344 de 2012. (fls. 109–113), proferida por el Consejo Nacional Electoral.

¹⁷ Folios 27– 75 del expediente. Esta reforma fue aprobada por Resolución N° 1091 de 2013, dictada por el Consejo Nacional Electoral “Por medio de la cual se autoriza el Registro de la Reforma Estatutaria y nuevo Comité Ejecutivo Nacional del partido Alianza Social Independiente (ASI)”. Folios 086 – 090 del expediente.

¹⁸ Folios 175 del C. anexo

¹⁹ Folio 179 del C. anexo

²⁰ “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación

1991. Se les reconoce bajo condiciones especiales el derecho a integrar el Senado de la República. Por esta circunscripción especial nacional se eligen dos (2) representantes a esa célula legislativa.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha precisado:

*“El ordenamiento constitucional **abre a las comunidades indígenas** y afrodescendientes **espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos dentro de los cuales también están incluidas**. Entre otros, se pueden identificar como espacio de participación concretos **(i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas**, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer **una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes**, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial –artículo 329–, (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios – artículo 330– y (v) la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afectan directamente, espacio de participación que es el que resulta relevante para el asunto de la referencia”²¹.*

5.2. De la inscripción de listas por la circunscripción indígena. Normativa aplicable

El artículo 171 de la Constitución Política establece que el Senado de la República lo integran los 100 miembros que son elegidos por circunscripción nacional y dos (2) más, que representan la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

La asignación de las curules se rige por el sistema del cociente electoral, no por el general del umbral y cifra repartidora. A los aspirantes a ser elegidos por esta circunscripción especial se les exige que hayan ejercido cargos de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o hubiesen sido líderes de una organización indígena, según certificación que de ello expida la respectiva comunidad y la refrende el Ministerio del Interior.

Esta integración como ya se ha dicho, es el resultado de privilegiar y reconocer la manifestación de la diversidad étnica y cultural de nuestro Estado Social de Derecho, como deber de garantía a la participación de estos grupos minoritarios en el Congreso a fin de hacer efectiva su representación política promoviendo la convivencia democrática y participativa, reconociéndole su afianzamiento político²².

colombiana”

21 Sentencia C–187 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

22 Sentencia C–169 de 2001. Corte Constitucional M. P. doctor Carlos Gaviria Díaz.

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente cuando se estudiaba la propuesta de conformación del Senado de la República con estas dos curules por la circunscripción de comunidades indígenas, como parte de la exposición de motivos se dijo:

“Si la morfología del Congreso no requiere cambios significativos, la composición de las cámaras lo exige a fin de garantizar la representación en ellas de grupos sociales actualmente ausentes del órgano, así como de racionalizar las relaciones entre el volumen de integrantes de las corporaciones y el total de la población del país.

[...]

La otra deficiencia del sistema de composición del órgano legislativo que debe ser solucionada es la relativa a la representación de los componentes minoritarios de la nacionalidad, es decir, a las comunidades indígenas.

[...]

De allí que el rango social de las diversidades étnicas sea diferente y superior al de las minorías partidistas, y que, en cuanto componentes de la Nación, no sea dable reducir su consideración al alcance que les confiera el accidente de la lucha electoral: su participación en el escenario de la representación nacional no puede ser un simple resultado de contingencias comiciales en las que se debate el “como” (sic) del Estado y no el “qué” esencial y permanente de la propia nacionalidad.

[...]

*Resulta claro pues, que **al conjunto de las distintas comunidades indígenas debe reservarse un número de curules, destacadas de las restantes mediante asignación de una circunscripción especial**, con el fin de dar por su medio expresión política constante a un elemento de la Nación conformado por la pluralidad étnica [...]”²³. (Resalta la Sala)*

Así, establecer la circunscripción especial indígena del Senado de la República implica reconocer que existen diferencias para el acceso a los cargos de representación popular en condiciones de relativa igualdad. Por ello dicho acceso a estas curules por quienes representan tales comunidades es lo que ha dado en denominarse en los sistemas electorales como una “discriminación electoral positiva”. Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C–484 de 1996:

*“La creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella **se modifica – en mayor o menor medida – la forma en que surge la representación política**. En efecto, los estudios del tema electoral afirman*

23 Gaceta Constitucional N° 54, páginas 13 y 14.

que el establecimiento de las circunscripciones electorales – su tamaño, su delimitación – es uno de los aspectos más importantes para la determinación del sistema electoral de un país” (Subraya fuera del texto).

En este orden de ideas, y para el caso concreto es preciso que la Sala efectúe el recuento de las exigencias especiales que deben cumplirse para la inscripción de candidaturas para esta circunscripción especial del Senado y examine y defina si como lo invoca el actor, el cambio de los estatutos del partido que avaló al demandado impedía que lo hiciera válidamente, como candidato a la circunscripción especial indígena.

5.3. La Inscripción de candidaturas en vigencia de la Ley 1475 de 2011

Esta Ley es estatutaria. Por ella “se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, y se desarrollan los artículos 107, 108, 109 y 134 de la Constitución Política.

El artículo 28 establece:

“INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS.

<Aparte subrayado de este inciso **CONDICIONALMENTE** **exequible**> Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. Las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta –exceptuando su resultado– deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, **excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.** (Negritas fuera de texto)

<Inciso 3. **INEXEQUIBLE**>

[...]

Esta norma en su contenido hasta donde está transcrito superó el examen previo de constitucionalidad. La Corte Constitucional consideró que el inciso 2° hace una defensa de los intereses de las minorías en cuanto restringe la posibilidad de que los partidos comunes inscriban candidatos para dichas curules.

La Corte en el examen de constitucionalidad, expresó en sus apartes pertinentes:

“Artículo 28. Inscripción de candidatos

[...]

El inciso segundo de la norma, tal como quedó luego de su declaratoria de inexecutable parcial²⁴, se limita a reiterar el primer segmento del inciso primero, en el sentido que “Los partidos y movimientos políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular”. Además, fija una regla particular, **en el sentido de excluir de esa posibilidad de postulación, el caso de la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.**

[...]

90. Observa la Corte que, de manera general, el artículo 28 del Proyecto tiene como propósito desarrollar el derecho de postulación de los partidos, movimientos políticos, y grupos significativos de ciudadanos.

[...]

Esta manera de regular la inscripción y elaboración de listas y candidatos suscita varias observaciones. En primer lugar, la regulación disímil, para partidos y movimientos políticos con personería jurídica (inciso primero) por un lado, y para grupos significativos de ciudadanos (inciso cuarto) por el otro, se refiere a ámbitos distintos. Mientras que respecto de los primeros se reiteran exigencias sustanciales relativas a la necesidad de verificar las calidades, los requisitos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades de los candidatos; en relación con los segundos se diseña un procedimiento orientado a establecer una cierta vocería de la organización ciudadana a través de un comité inscriptor. En segundo lugar, observa la Corte que la regulación resulta parcial, en la medida que no incluye requisitos para la inscripción de candidatos y listas de todas las agrupaciones a quienes la Constitución reconoce el derecho de postulación. No se refiere el legislador estatutario, por ejemplo, a los requisitos de inscripción para los candidatos de movimientos sociales, y de los partidos y movimientos políticos que no hayan obtenido la personería jurídica. En tercer lugar, introduce una regla consistente en que listas donde se elijan cinco o más curules para corporaciones de elección popular, o las que se sometan a consulta, deberán estar integradas “por mínimo 30% de un género”. Y en cuarto lugar, advierte la Sala que el inciso final equipara, en cuanto al requisito de la inscripción y las prerrogativas que la ley prevé, la iniciativa que promueve el voto en blanco con las demás campañas electorales.

91. Estas observaciones conducen a la Sala a plantearse cinco problemas jurídicos constitucionales, asociados a

24 En el examen formal que adelantó la Corte respecto de este Proyecto de Ley Estatutaria, constató que el inciso 3° del artículo 28 contenía disposiciones susceptibles de afectar directamente a las comunidades étnicas, por lo que debieron ser sometidas al mecanismo de la consulta previa. Por tal razón, tras reconocer, en armonía con la jurisprudencia de esta Corte, el carácter procedimental del vicio con proyección en el contenido material de las normas, procedió a declarar su inexecutable.

este artículo, a saber: (i) [...] (iv) si **es compatible con la Carta Política la exclusión de la elección de curules por circunscripciones especiales de minorías étnicas, de la potestad general de partidos y movimientos políticos de inscribir candidatos y listas;** y (v) [...].

[...] 98. Como se señaló al inicio de este apartado, el inciso segundo del artículo 28 del Proyecto prevé que la potestad de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos a las distintas elecciones de cargos uninominales o corporaciones públicas, opera con exclusión de “la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas”. **Esto trae como consecuencia que respecto de estas circunscripciones se aplica un régimen excepcional, en los términos del inciso primero del artículo 108 C. P., en el que solo podrán postular candidatos al Congreso las agrupaciones políticas de carácter minoritario.**

A juicio de la Sala, esta disposición es armónica con los postulados constitucionales. Como se indicó, la previsión contenida en el inciso segundo y tercero del artículo 28 del Proyecto **limita la potestad que tienen los partidos y movimientos políticos con personería jurídica de inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, en cuanto les prohíbe inscribir candidatos a Senado y Cámara de Representantes por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.**

En la sentencia C-169 de 2001 la Corte señaló que existe una “relación inescindible que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana”. Y añadió que dicho vínculo “trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad; especialmente cuando el artículo 133 de la Carta dispone, expresamente, que ‘los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común’. Es esta representatividad social, sin duda, lo que legitima el quehacer de corporaciones de elección popular como el Congreso de la República, **las cuales, por esa misma razón, deberán contar con la participación efectiva, tanto de los sectores tradicionalmente marginados de lo público, como de las formas minoritarias y diferentes de organización social –categorías frecuentemente superpuestas.**”

Atendiendo a la importancia de garantizar esta composición pluralista dentro de las corporaciones públicas del orden nacional, tanto en la providencia señalada como en la C-089 de 1994 **se concluyó que el legislador está facultado para limitar el derecho de los partidos y movimientos políticos a postular candidatos a cargos de elección popular (Art. 108 C. N.), siempre que se verifique que los requisitos impuestos para hacerlo sean razonables, de**

conformidad con los “mínimos históricamente sostenibles en un momento dado”, y siempre que no obstaculicen en un alto grado el ejercicio de los derechos políticos individuales contenidos en el artículo 40 Superior.

Las disposiciones mencionadas contienen **una limitación a la facultad de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos a los cargos de elección popular,** pues les impiden avalar candidatos por la circunscripción especial de minorías étnicas de Senado y Cámara de Representantes. No obstante, la Corte considera que se trata de una decisión que cabe razonablemente dentro del ámbito discrecional del legislador estatutario toda vez que se trata de un mecanismo destinado a garantizar un bien constitucionalmente valioso, como lo es que las comunidades **étnicas estén efectivamente representadas en las corporaciones públicas del orden nacional, pues no solo quien se postula debe ser un representante y miembro de grupos étnicos como lo establece el artículo 171 inciso 3 de la Constitución, sino que también debe estar avalado políticamente por organizaciones propias de las comunidades étnicas, cuyo interés principal sean las necesidades de esta población minoritaria.** Además, la medida es razonable, pues no limita de manera excesiva la facultad que tienen los partidos y movimientos con personería jurídica de presentar candidatos a cargos de elección popular, comoquiera que pueden hacerlo por la circunscripción ordinaria, por la circunscripción internacional de la Cámara de Representantes y por la circunscripción de minorías políticas (art. 176 C. P.), esta última en caso de que la ley así lo regule.

Con todo, debe precisarse **que esta modificación introducida por el proyecto de ley no altera en nada el carácter nacional de la circunscripción especial del Senado, que llevó a la Corte a declarar en la sentencia C-169 de 2001 que cualquier ciudadano, pertenezca o no a una minoría étnica, puede votar por los candidatos que se postulen a través de esta circunscripción; del mismo modo que los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que cumplan con los requisitos contemplados en el inciso tercero del artículo bajo examen conservan la facultad de presentar candidatos por la circunscripción general delimitada en la Constitución, en virtud del artículo 108 y el artículo 40 Superior que otorga a los ciudadanos el derecho fundamental a elegir y ser elegidos.**

Las anteriores consideraciones llevan a esta Corte a declarar exequible el inciso segundo del artículo 28 del Proyecto de Ley Estatutaria. [...]”

Ahora bien, el inciso 3° de la norma en cita y que fue declarado inexecutable por la sentencia C-490-11 era del siguiente tenor:

“En las circunscripciones especiales de minorías étnicas **la inscripción de las listas SOLO PODRÁ ser realizada**

por partidos y movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia.”

El fundamento de tal declaratoria se fundó en la ausencia de consulta previa con las comunidades destinatarias de la disposición, así se consignó en el aparte pertinente:

“[...] Para el presente asunto, la Corte encuentra que la previsión contenida en el inciso tercero del artículo 28 del Proyecto afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que debió someterse al procedimiento de consulta previa. En efecto, de acuerdo con esa previsión se fija la regla según la cual en las circunscripciones especiales por minorías étnicas la inscripción de las listas solo podrá ser realizada por partidos y movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades, reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia.

Se observa que esta disposición fija reglas sobre la representación democrática de las comunidades diferenciadas y, por ende, afectan directamente sus intereses en tanto grupos étnicos reconocidos por la Constitución. Cabe anotar, del mismo modo, que esa conclusión no es aplicable al inciso segundo del mismo artículo, en cuanto determina que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos y listas, “excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas”. Esto en razón de que el destinatario de esas reglas no son las comunidades tradicionales, sino los partidos y movimientos no minoritarios, de modo que no se cumple con la condición que el precepto legal afecte directamente a aquellas.

La Sala debe resaltar que la obligatoriedad de la consulta previa frente al inciso tercero del artículo analizado es soportada por la jurisprudencia reciente de la Corte. En efecto, en la sentencia C-702/10, fue declarado inexecutable el inciso final del artículo 2º del Acto Legislativo 1º de 2009, el cual adicionaba el artículo 108 C. P. al indicar que “Los partidos y movimientos políticos que habiendo obtenido personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción [...]”.

Por su parte de conformidad con el artículo 108 Superior, la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos que se creen para la representación política de las minorías étnicas, la obtienen con el solo hecho de conseguir representación en el Congreso, a diferencia de los otros partidos políticos deben

superar el porcentaje del 3% en la votación válida obtenida en el territorio nacional para Senado o Cámara de Representantes.

A partir de lo anterior y para el caso *sub examine* habrá de ocuparse y definir la Sala de si obtenida la personería jurídica por lograr representación en el Congreso, tales partidos se encuentran habilitados para avalar candidatos por otras circunscripciones además de la especial y de si con ocasión de la reforma de sus estatutos, específicamente en cuanto a su naturaleza del partido, le está prohibido inscribir candidatos para la circunscripción especial, por no estar representando exclusivamente a las comunidades indígenas.

El primero de los interrogantes queda solucionado con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que al responder una consulta que se le formuló, precisó:

1. “¿Si el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 que prohíbe a los partidos con personería jurídica presentar candidatos a la circunscripción de minorías étnicas incluye también aquellos partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas?”

No. La prohibición establecida en el inciso 2º del artículo 28 de la ley 1475 de 2011, no se aplica a los partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

2. “¿Estos partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y las minorías?”

Sí. Por cuanto no existe una norma que así lo prohíba y porque además resultaría discriminatorio para los intereses de los partidos que representan estas comunidades, sin que exista un fin constitucional que así lo justifique.”²⁵

Conforme a este concepto que la Sala avala, aplicándolo al caso concreto, significa que el Partido ASI podía participar en los comicios para elegir los representantes al Senado de la República por la circunscripción especial de las comunidades indígenas, pues tuvo origen en su fundación con el propósito de agrupar la población indígena que representa²⁶, y ello le permitió lograr su inicial participación al Senado, al obtener una curul.

Tal determinación respecto de que los partidos y movimientos políticos surgidos inicialmente para la representación especial por comunidades indígenas y que luego obtienen personería

²⁵ Concepto del 18 de abril de 2013. Radicación interna: 214. Número Único: 11001-03-06-000-2013-00051-00 Referencia: Alcance del inciso 2o. del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Circunscripciones especiales de Minorías Étnicas.

²⁶ Esto se advierte de los objetivos que constituyeron los primigenios estatutos, así: “1. Aglutinar a los diferentes sectores étnicos sociales en un movimiento amplio con fuerte orientación hacia los sectores étnicos indígenas, negros y raizales y demás sectores sociales y políticos que compartan nuestros principios y que estén dispuestos a luchar por mejores condiciones de vida para todos los colombianos”

jurídica sí están facultados para inscribir candidatos para el Senado tanto por la circunscripción ordinaria como por la especial de minorías étnicas, fue el sentido del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en respuesta a la consulta que se le elevó. Así, además lo preciso esta Sala en reciente pronunciamiento:

“[...] De las normas transcritas, señaladas por la demandante como violadas, no es posible establecer la vulneración alegada, puesto que en las mismas no se señala prohibición, exclusión o mandato, que permita inferir que las organizaciones cuya personería fue obtenida de acuerdo con la excepción del artículo 108 Constitucional, como resultado de la representación obtenida en el Congreso como minoría étnica o política en la circunscripción especial, no les esté permitido participar y/o inscribir listas de candidatos, una vez obtengan la personería jurídica como movimiento político, en la jurisdicción ordinaria.

Del régimen normativo expuesto, referente a las minorías étnicas –exclusivamente– se tiene que: (i) existe una disposición especial para el reconocimiento de personería jurídica como movimiento o partido político de las minorías étnicas, diferente a la norma general (en estos casos se obtiene únicamente con la representación en el Congreso), (ii) por la circunscripción especial de afrodescendientes se eligen dos representantes.

En ningún aparte se establece prohibición alguna relativa a que aquellos que obtuvieron reconocimiento jurídico por la representación lograda al Congreso de la República luego de participar en las elecciones para designar representantes a la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, no puedan inscribir candidatos a la circunscripción ordinaria.

En lo que tiene que ver con los partidos y movimientos políticos en general, se establece que no podrán inscribir candidatos en la circunscripción especial de minorías étnicas. Es decir que dicha limitación recae para intervenir en tal circunscripción especial, puesto que se privilegia en esta participación a las comunidades que las representan y de ninguna manera es posible aplicar la prohibición a la inversa, como lo pretende la demandante.”²⁷

Ahora bien, en lo que respecta al cambio de nombre del originario Movimiento “Alianza Social indígena” al de Partido “Alianza Social Independiente” y a las modificaciones en la naturaleza que le han precedido, según se dejó registrado en la relación de las pruebas aportadas a este trámite, es claro que tales transformaciones no desnaturalizan su razón de ser, ni su origen, el que estuvo presente y se conservó como el principio para su constitución. Tampoco tal reforma estatutaria le impide, por no estar ello prohibido, tener la facultad de avalar

candidatos al Senado tanto por la circunscripción especial como por la circunscripción ordinaria.

Así se pronunció esta Sección Quinta en el siguiente antecedente al que acude en su defensa el demandado y, que también cita el Ministerio Público en su concepto:

“De la transformación de movimiento a partido

El artículo 38 de la Constitución Política prevé el derecho de libre asociación, así:

“Artículo 38. *Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.*

A su turno, como expresión del derecho de asociación, el numeral 3 del artículo 40 de la norma constitucional dispone:

“Artículo 40. *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

(...)

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

En el mismo sentido, el artículo 107 de la misma norma establece el derecho de todos los ciudadanos a fundar y pertenecer a partidos y movimientos políticos, a saber:

“Artículo 107: *<Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.*

(...)

Por su parte, el artículo 108 de la Constitución Política, respecto de la personería jurídica de los partidos dispone:

“Artículo 108. *<Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.*

²⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. C. P. doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia del 11 de diciembre de 2014. Exp. N°11001032800020140005300 Demandante: Procuraduría General de la Nación. Demandado: José Rodolfo Pérez Suárez

(...)"

En el caso de autos, se advierte que al movimiento Alianza Social Indígena se le reconoció personería jurídica mediante Resolución No. 18 de 1992 del Consejo Nacional Electoral, visible en copia auténtica a folio 46.

Por otra parte, el artículo 2º de la Ley 130 de 1994 "Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones" sobre la definición de partidos y movimientos políticos, prevé:

"Artículo 2º. Definición. Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.

Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.

Los partidos y movimientos políticos constituidos con el lleno de todos los requisitos constitucionales y legales tendrán personería jurídica".

Ahora bien, conviene precisar que estas agrupaciones como expresión del derecho de asociación, han sido asimiladas en algunos aspectos a las personas jurídicas de derecho civil sin ánimo de lucro, en efecto, de conformidad con el artículo 633 y siguientes del Código Civil, las personas jurídicas sin ánimo de lucro, se dividen en "corporaciones" y "fundaciones". Las primeras, en sentido estricto, son la unión de una pluralidad de personas, que persiguen fines o ideales no lucrativos y, las segundas, son un conjunto de bienes y un patrimonio destinado por uno o más individuos al cumplimiento de determinado fin²⁸.

En virtud de lo anterior, los partidos políticos como expresión del derecho de asociación, se asemejan a las corporaciones, esto es, personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de personas con el objeto de lograr un fin de interés general y no particular.

Tan cierto es lo anterior, que el artículo 14 de la Ley 1475 de 2011, "Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones", que no es aplicable al caso concreto por cuanto no estaba vigente al momento de la transformación objeto de estudio, sobre la disolución de los movimientos y partidos políticos, señala:

"Artículo 14. Disolución, liquidación, fusión y escisión de los partidos y movimientos políticos. <Artículo CONDICIONALMENTE executable> La disolución, liquidación, fusión y escisión de los partidos y movimientos políticos se regirá por lo dispuesto en la ley y/o en sus estatutos. La disolución y liquidación de los partidos y movimientos políticos, adoptada por decisión administrativa del Consejo Nacional Electoral no tendrá recurso alguno. No podrá acordarse la disolución, liquidación, fusión y escisión voluntaria de un partido o movimiento político cuando se haya iniciado proceso sancionatorio.

(...)

La liquidación se regulará por las normas previstas en la ley civil para la disolución y liquidación de las personas jurídicas sin ánimo de lucro. El remanente de los activos patrimoniales que resultare después de su liquidación será de propiedad del Fondo de Financiación de Partidos y Campañas, a menos que en los estatutos se haya previsto una destinación que en todo caso deberá corresponder a un objeto análogo al de los partidos y movimientos políticos.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional al estudiar la correspondencia de la norma citada con la Carta Política, en sentencia C-490 de 2011, consideró aplicable a los movimientos y partidos políticos las deducciones que el Estatuto Tributario dispone para las personas jurídicas sin ánimo de lucro, así:

"(...) los partidos y movimientos políticos encuadran en la descripción de organizaciones sin ánimo de lucro que tienen interés común, por lo que las deducciones previstas en el Estatuto Tributario por donaciones a asociaciones, corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro les resulta aplicable"

Ahora bien, es necesario resaltar que de conformidad con el artículo 638 del Código Civil, serán los miembros quienes definan y constituyan la voluntad de la persona jurídica, por tanto la creación, modificación de sus estatutos y disolución de estas, es una decisión que corresponde a sus miembros.

Por otro lado, resulta pertinente señalar que a las asociaciones civiles según lo prevé el artículo 1º la Ley 222 de 1995 que modificó el artículo 100 del Código de Comercio, se les aplica para todos los efectos, la legislación mercantil, así:

"Artículo 100. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas,

28 VALENCIA ZEA, Arturo "Derecho Civil, Teoría General y Personas" Editorial Temis. 2000

para todos los efectos, a la legislación mercantil.*(Negrillas y Subrayado fuera de texto)*

Por su parte, la legislación mercantil no prevé la transformación de las sociedades como una causa de disolución de la persona jurídica, sino todo lo contrario, es posible dicha transformación, sin afectar la personalidad jurídica, el patrimonio, ni las actividades. Sobre el particular el artículo 167 del Código de Comercio, dispone:

“Artículo 167. <Reforma de contrato social por transformación de sociedad>. Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social.

La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio.” *(Negrillas y Subrayado fuera de texto)*

*En ese orden de ideas, en consideración a la norma mercantil aplicable a las sociedades civiles, **la transformación de una forma de asociación, como lo es, de movimiento a partido político no significa la cesación de la persona jurídica, por el contrario, existe continuidad en esta a pesar de dichas modificaciones, porque tanto el movimiento o partido político se refieren a la misma persona jurídica.***

En el caso bajo examen, está probado que el actual Partido ASI obtuvo personería jurídica por haber logrado representación en el año 1992 en el Senado de la República y, desde entonces, esta se encuentra vigente. Que la naturaleza que el inicial Movimiento registró en sus iniciales estatutos y los que rigen en la actualidad al Partido, no variaron el carácter étnico y pluralista que le permitió acceder a participar en dichos comicios, que lo ratificaron como un movimiento con origen indígena.

Su condición étnica se mantiene pese a los cambios estatutarios del Partido y no lo limitan en el ejercicio de su derecho de conformación del poder público por la circunscripción especial indígena que representa. El que haya acordado incursionar en otros ámbitos de participación al convocar a todos aquellos ciudadanos y ciudadanas que se identifiquen con sus principios²⁹ y su misión³⁰, a efectos de que éstos militen e integren el partido, no implica que su origen primigenio, se insiste, haya quedado desnaturalizado.

29 Según el artículo 4° de sus estatutos: “la solidaridad, la diversidad, la defensa del estado social de derecho, el respeto a toda forma de vida. Igualdad y respeto en la participación de género, pluralismo y tolerancia.”

30 Según el artículo 5° de sus estatutos: “Incentivar la participación democrática de sus asociados y del pueblo en general en la construcción del poder político desde la base, fortaleciendo las organizaciones sociales, y promover las visiones de un país multiétnico, pluricultural, tolerante, de respeto a los derechos humanos y los derechos de los pueblos, y lograr el mantenimiento de la paz.”

Finalmente, debe decirse que la participación del partido ASI en los comicios electorales para el período 2014–2018, por la circunscripción especial indígena, estuvo precedida del amparo tutelar que le fue concedido³¹ y porque el demandado acreditó, con los documentos idóneos para la inscripción, su pertenencia a una comunidad indígena en los términos del artículo 171 Superior. En el caso bajo examen, esta condición no se puso en duda ni se controvertió. Con la contestación de la demanda se aportaron las certificaciones que se encuentran visibles a los folios 283 a 285 del expediente, relativa a las que le expidió: **i)** el Resguardo indígena Kokunuco, **ii)** El Consejo Regional indígena del Cauca – CRIC y **iii)** el acto de refrendación que expidió el Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior.

Todo lo anterior, impone que se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado, y aquel que lo aclaró, respecto de la elección que fue objeto de examen.

Por 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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

(Aclara voto)

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

(Aclara voto)

31 En primera instancia actuó como tal el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A. M. P. Dra. Carmen Alicia Rengifo Sanguino, quien profirió sentencia el 7 de junio de 2013 (fls. 223–230 C. ppal.) y la segunda instancia se tramitó ante esta Corporación con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 22 de agosto de 2013. (fls. 231 –282 C. ppal.) Rad. N° 250002342000201301939–01

CON ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Y DEL DOCTOR ALBERTO YEPES BARREIRO

PARTIDOS O MOVIMIENTOS MINORITARIOS – No pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y las minorías / PARTIDOS O MOVIMIENTOS MINORITARIOS – No están facultados para inscribir candidatos para el Senado tanto por la circunscripción ordinaria como por la especial de minorías étnicas

En la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, se concluye (...) que los partidos políticos, que obtengan su personería jurídica con fundamento en la norma constitucional especial para minorías étnicas –con la simple representación–, tienen la facultad para inscribir candidatos al Senado de la República, tanto en la circunscripción especial como en la ordinaria, porque ello no está prohibido. Aunque comparto el planteamiento, que para resolver el problema jurídico se presenta en la sentencia, considero hacer las siguientes precisiones:

1. La excepción establecida en el artículo 108 de la Constitución Política, sobre la imposibilidad de los partidos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos y listas a las elecciones de Congresistas en las circunscripciones especiales de minorías étnicas, se refiere única y exclusivamente a los partidos políticos que no tengan su origen en tales minorías étnicas. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Constitución Política no solo reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (art. 7) sino que, con el fin de lograr la igualdad material, teniendo en cuenta que las minorías étnicas son grupos que merecen especial protección por sus condiciones desfavorables, les otorga espacios de participación concretos a las comunidades indígenas y afrodescendientes como la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171), la circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes (art. 176), la obligación de que la conformación y delimitación de entidades territoriales indígenas se debe hacer con la participación de sus representantes (art. 329), la obligación de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten frente a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art. 330), y la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente (art. 6 Convenio 169 de la OIT “Sobre los pueblos indígenas y Tribales”). Es así como, con fundamento en el principio de unidad de la Constitución, no se pueden hacer interpretaciones aisladas de sus normas, por ende, resulta evidente que la prohibición recae frente a los partidos políticos cuyo origen no corresponda al de minoría étnica, tal como ha sido planteado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. En el caso objeto de estudio, del material probatorio allegado, está demostrado que el partido Alianza Social Independiente es un partido político, cuyo origen corresponde al régimen

excepcional estatuido para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales basta haber conseguido representación en el Congreso para obtener la personería jurídica como movimiento político, tal cual lo señala el artículo 108 de nuestra Carta Política.

3. La posibilidad para estos partidos políticos, que adquirieron su personería jurídica en razón a que alcanzaron representación en el Congreso de la República como minoría étnica, de inscribir listas en las Circunscripciones ordinaria y especial indistintamente, puesto que no existe prohibición, tal como lo señala el proyecto, considero no significa indefectiblemente que lo puedan hacer simultáneamente, puesto que dichas normas de discriminación positiva, que otorgan tales ventajas, tienen como fundamento asegurar su representación como minoría, y la Constitución Política estableció concretamente cuáles son dichos privilegios, exenciones y excepciones para garantizar tal representación política de las minorías como grupo de especial protección, pero, así como no existe prohibición, tampoco se indica claramente –ni en la Carta fundamental ni en la ley– que ocurre una vez la minoría étnica logra el reconocimiento de personería jurídica como partido político por el Consejo Nacional Electoral, y todo lo que ello implica, por haber obtenido representación en el Congreso en virtud de su condición especial.

Concretamente, considero que de conformidad con la literalidad y la teleología de las normas, así mismo haciendo una interpretación sistemática, se debe entender que una vez otorgada la personería jurídica como partido político a estas minorías étnicas, adquieren todos los beneficios que se otorgan a los partidos políticos comunes, lo cual, además de la posibilidad de inscribir listas en la jurisdicción ordinaria, incluyen financiación estatal, espacios gratuitos en medios de comunicación, entre otros. No ocurre lo mismo con la posibilidad de inscribir simultáneamente y para la misma elección listas en las dos circunscripciones – la ordinaria y la especial– puesto que las normas establecen diferencias para obtener la personería jurídica como partido político según, si se es un grupo minoritario u otro grupo de ciudadanos que decidan asociarse para fundar un partido político, pero en ningún momento se señala que puedan inscribir candidatos en las dos circunscripciones y tal ventaja supera los beneficios otorgados en la Constitución y la Ley para los partidos y movimientos políticos comunes, y si la teleología de la norma tiene como propósito asegurar la igualdad real, esta posibilidad la supera. De conformidad con lo anterior, considero no es dable afirmar rotundamente que estos movimientos minoritarios, una vez alcancen la personería jurídica como partidos políticos, puedan inscribir candidatos indistinta y simultáneamente en las dos circunscripciones.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Con el acostumbrado respeto, aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con la posibilidad de los partidos políticos que adquirieron la personería Jurídica en virtud de la norma especial constitucional para minorías étnicas

—con la simple representación en el Congreso de la República— puedan inscribir listas de candidatos simultáneamente en la jurisdicción ordinaria y especial, así:

En ejercicio de la acción de nulidad el señor Manuel Bitervo Palchucan Chingal presentó acción de nulidad electoral, contra el acto de elección del Senador de la República por la circunscripción nacional especial de las comunidades indígenas, Marco Aníbal Avirama Avirama.

El actor planteó en la demanda, lo cual fue señalado por la Magistrada Ponente en la fijación del litigio de la audiencia inicial, como problema jurídico a resolver, ¿si el partido Alianza Social Independiente —al cambiar su personería jurídica, dejó de ser un movimiento indígena para convertirse en un partido independiente— podía inscribir candidatos por la circunscripción indígena?

En la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, se concluye, de conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional¹, la Sala de Consulta y Servicio Civil², y esta Sección del Consejo de Estado³, que los partidos políticos, que obtengan su personería jurídica con fundamento en la norma constitucional especial para minorías étnicas — con la simple representación—, tienen la facultad para inscribir candidatos al Senado de la República, tanto en la circunscripción especial como en la ordinaria, porque ello no está prohibido.

Aunque comparto el planteamiento, que para resolver el problema jurídico se presenta en la sentencia, considero hacer las siguientes precisiones:

1. La excepción establecida en el artículo 108 de la Constitución Política, sobre la imposibilidad de los partidos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos y listas a las elecciones de Congresistas en las circunscripciones especiales de minorías étnicas, se refiere única y exclusivamente a los partidos políticos que no tengan su origen en tales minorías étnicas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Constitución Política no solo reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (art. 7) sino que, con el fin de lograr la igualdad material, teniendo en cuenta que las minorías étnicas son grupos que merecen especial protección por sus condiciones desfavorables, —tal como fue expuesto en las discusiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente— les otorga espacios de participación concretos a las comunidades indígenas y afrodescendientes —además de los

establecidos para los colombianos en general— como la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171), la circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes (art. 176), la obligación de que la conformación y delimitación de entidades territoriales indígenas se debe hacer con la participación de sus representantes (art. 329), la obligación de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten frente a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art. 330), y la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente (art. 6 Convenio 169 de la OIT “Sobre los pueblos indígenas y Tribales”).

Es así como, con fundamento en el principio de unidad de la Constitución, no se pueden hacer interpretaciones aisladas de sus normas, por ende, resulta evidente que la prohibición recae frente a los partidos políticos cuyo origen no corresponda al de minoría étnica, tal como ha sido planteado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴.

2. En el caso objeto de estudio, del material probatorio allegado, está demostrado que el partido Alianza Social Independiente es un partido político, cuyo origen corresponde al régimen excepcional estatuido para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales basta haber conseguido representación en el Congreso para obtener la personería jurídica como movimiento político, tal cual lo señala el artículo 108 de nuestra Carta Política.
3. La posibilidad para estos partidos políticos, que adquirieron su personería jurídica en razón a que alcanzaron representación en el Congreso de la República como minoría étnica, de inscribir listas en las Circunscripciones ordinaria y especial indistintamente, puesto que no existe prohibición, tal como lo señala el proyecto, **considero no** significa indefectiblemente que lo puedan hacer **simultáneamente**, puesto que dichas normas de discriminación positiva, que otorgan tales ventajas, tienen como fundamento asegurar su representación como minoría, y la Constitución Política estableció concretamente cuáles son dichos privilegios, exenciones y excepciones para garantizar tal representación política de las minorías como grupo de especial protección, pero, así como no existe prohibición, tampoco se indica claramente —ni en la Carta fundamental ni en la Ley— que ocurre una vez la minoría étnica logra el reconocimiento de personería jurídica como partido político por el Consejo Nacional Electoral, y todo lo que ello implica, por haber obtenido representación en el Congreso en virtud de su condición especial.

Concretamente, considero que de conformidad

1 Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-484 de 1996. Sentencia C-187 de 2011. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia C-490 de 2011.

2 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de abril de 2013.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2011-00810-01. 2 de mayo de 2013. M. P. Mauricio Torres Cuervo. Rad. 2014-00053-00. M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

con la literalidad y la teleología de las normas, así mismo haciendo una interpretación sistemática, se debe entender que una vez otorgada la personería jurídica como partido político a estas minorías étnicas, adquieren todos los beneficios que se otorgan a los partidos políticos comunes, lo cual, además de la posibilidad de inscribir listas en la jurisdicción ordinaria, incluyen financiación estatal, espacios gratuitos en medios de comunicación, entre otros.

No ocurre lo mismo con la posibilidad de inscribir simultáneamente y para la misma elección listas en las dos circunscripciones – la ordinaria y la especial– puesto que las normas establecen diferencias para obtener la personería jurídica como partido político según, si se es un grupo minoritario u otro grupo de ciudadanos que decidan asociarse para fundar un partido político, pero en ningún momento se

señala que puedan inscribir candidatos en las dos circunscripciones y tal ventaja supera los beneficios otorgados en la Constitución y la Ley para los partidos y movimientos políticos comunes, y si la teleología de la norma tiene como propósito asegurar la igualdad real, esta posibilidad la supera.

De conformidad con lo anterior, considero no es dable afirmar rotundamente que estos movimientos minoritarios, una vez alcancen la personería jurídica como partidos políticos, puedan inscribir candidatos indistinta y simultáneamente en las dos circunscripciones.

En estos términos aclaro mi voto.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Consejera de Estado

**INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA –
Intervención en gestión de negocios ante entidad
pública dentro de los seis meses anteriores a la
fecha de elección / INTERVENCIÓN EN GESTIÓN
DE NEGOCIOS – Presupuestos configurativos de
esta causal de inhabilidad**

De conformidad con la fijación del litigio que se hizo en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional debido a que según la demanda, infringió la prohibición que establece el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, pues como se alega, dentro de los seis (6) meses anteriores a ser elegido, gestionó negocios y contratos en favor del señor John Moreno Escobar ante el Consulado de Colombia en Nueva York. De las pruebas allegadas al proceso y que se determinó tener como tales con el valor que la ley les dé, referidas al cargo de gestión en favorecimiento de contratos con el Consulado de Nueva York para Jhon Moreno Escobar. Resulta entonces que no existe prueba en el expediente de que el señor Moreno Escobar haya estado vinculado bajo ninguna modalidad al Consulado de Colombia en Nueva York. Tampoco existe acreditación alguna sobre gestiones del demandado ante dicho Consulado con el fin de favorecer al mencionado señor con el otorgamiento de algún contrato. Así, ante la orfandad probatoria, carga que recae en el demandante, se impone negar las súplicas de la demanda, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de elección. Al no lograrse desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de elección, éste debe permanecer incólume.

Fuente Formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 3

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001–03–28–000–2014–00111–00

Actor: Adelaida Atuesta Colmenares

Demandado: Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional

Una vez adelantado el trámite legal correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia, en el que se pide la nulidad de la elección del demandado como Representante a la Cámara por la circunscripción internacional.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Adelaida Atuesta Colmenares, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Jaime Buenahora Febres como Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional, período 2014–2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“Primera. Que el señor Jaime Buenahora Febres, no reúne las calidades legales para ser electo como Representante a la Cámara por Circunscripción Internacional, al vulnerar el régimen de inhabilidades establecidas para los congresistas en el artículo 179 de la Constitución Política.

Segunda. Que es nulo el acto administrativo del 16 de julio de 2014, contenido en el Formulario E–26 CA proferido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual declaró elegido al señor Jaime Buenahora Febres como Representante a la Cámara por Circunscripción Internacional, para el período constitucional 2014–2018.

Tercera. Que es nula la credencial respectiva mediante la cual se reconoce y se otorga al señor Jaime Buenahora Febres la calidad de Representante a la Cámara por Circunscripción Internacional, para el período constitucional 2014–2018.

Cuarta. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene la celebración de elecciones para la Cámara de Representantes por Circunscripción Internacional, para lo cual solicito se oficie a la Organización Electoral para lo pertinente”.

2. Hechos

Como fundamentos fácticos de las pretensiones de la demanda inicial (fls. 1 a 8) y de la subsanación (fls. 208 a 223) de esta¹, se pueden sintetizar así:

– Que el doctor Jaime Buenahora Febres gestionó negocios y contratos en favor de los contratistas del Consulado de Colombia en Nueva York.

– En la página de internet del diario Mundo Noticias se publicó la notificación por medio de la cual dicen “... cuyo desempeño empañó el buen nombre de Colombia al permitir que desde el consulado de Colombia el candidato al congreso Jaime Buenahora, desarrollara su campaña” (fl. 1).

¹ Aunque en la demanda se hizo referencia a una posible sanción de la Cónsul de Colombia en Nueva York, doctora Elsa Gladys Cifuentes, en la fijación del litigio quedó excluido este aspecto, por no corresponder a un asunto inherente al demandado.

– El señor Buenahora Febres gestionó negocios y contratos a favor de contratistas del consulado de Nueva York, siendo que según la causal 3ª del artículo 179 de la Constitución Política, no podía haber gestionado los contratos o negocios realizados, ya que el mismo fue generador de una inhabilidad para ser electo como Representante a la Cámara de Representantes Circunscripción Internacional (fl. 5).

– En el Consulado de Colombia en Nueva York se realizaron actuaciones de proselitismo político, que no solo se concretaron en efectuar actos públicos de apoyo sino la colaboración en contratar a los integrantes del grupo político del Representante Buenahora, como es el caso del señor Jhon Moreno Escobar, quien fuera vinculado por contrato, dentro del período inhabilitante, con el consulado de Nueva York, a fin de que mediante la empresa Colombia Education Fund, asesorara al consulado de manera permanente y personal en la atención de la oficina de Asesoría Social.

– El señor Jhon Moreno *“fungió como jefe de campaña electoral del demandado, es allí donde surge el vínculo entre Buenahora y el contrato de éste en el consulado de Nueva York, pues es notorio que siendo jefe de campaña del demandado, éste lo ayudara a que le suscribiera el contrato de asesoría con el consulado en donde la cónsul estaba apoyando su campaña electoral”* (fl. 211).

3. Normas violadas y el concepto de violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- El artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política.
- El artículo 275 numeral 5 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En resumen, desarrolló el alcance de estas infracciones que le endilga al acto de elección, señalando que el doctor Buenahora Febres gestionó negocios y contratos a favor de contratistas en Nueva York, por lo que cuando se inscribió como candidato para la Cámara de Representantes por la Circunscripción Internacional, estaba incurso en la inhabilidad de que tratan las normas invocadas.

Que en específico esta situación se presentó respecto del señor Jhon Moreno quien fue jefe de la campaña de Jaime Buenahora en Estados Unidos y en cuyo favor éste realizó gestiones a fin de que se le vinculara como contratista en el consulado de Nueva York (fls. 1 a 8).

Luego de admitida la demanda², la demandante el 23 de septiembre de 2014 presentó escrito en el que dijo reformular la demanda (fls. 251 a 305), y le adicionó al libelo inicial el siguiente hecho:

– El demandado gestionó contratos en favor de terceras personas en el consulado de Newark, EEUU, en favor de los integrantes de su grupo político: Luz Myriam Carreño Malagón, Marcela Mesa

Betancourt, Mario Torres García, María Doris García de Carpetá, y Guillermo Piernagorda (fl. 251).

En relación con el señor Jhon Moreno agregó un capítulo dedicado a la gestión de negocios y en el numeral 4.2.2 insertó una tabla que según ella corresponde al *“organigrama político de campaña del demandado desde las elecciones de 2010”*, tabla que incluye como relación de contratistas, entre otros a Jhon Moreno (fl. 259).

Respecto de este último, señaló:

“El caso de Jhon Moreno es muy particular, pues éste fue uno de los grandes detractores políticos del demandado en las elecciones políticas del año 2010 (...)

Pero esta modificación de posición no respondió a causas normales del ejercicio profesional, sino al favorecimiento de contratos en el consulado de Nueva York en favor del señor Moreno, luego de prestarle ayuda y soporte político al demandado, pues fue vinculado:

- Colombia Education Fund.
- Red de Voluntarios VIP
- Organización Nuevo Futuro
- Convenio con el Festival de Cine
- Convenio con Laudem” (fl. 281).

4. Contestación de la demanda

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual se refirió a los hechos de esta y analizó los presupuestos normativos que se exigen para que se configure la causal de inhabilidad que se le atribuyó. Adujo que el aspecto temporal del numeral 3 del artículo 179 Superior requiere que las actuaciones allí descritas se hayan realizado dentro de los 6 meses anteriores a la elección.

Que la controversia gira alrededor de unas afirmaciones generales, vagas, falsas e imprecisas, derivadas de unos supuestos y conjeturas que sólo existen en la imaginación de la demandante, en su afán de estructurar una causal de inhabilidad inexistente respecto de la cual no se precisaron circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Que las publicaciones periodísticas aportadas con la demanda y de cuyo contenido se pretende derivar la inhabilidad, carecen de eficacia probatoria.

Que el Consulado de Colombia en Nueva York no tiene ni ha tenido vinculación contractual alguna con el señor Jhon Moreno Escobar, ni con el Fondo Colombia Education Fund, como lo certificó el Cónsul General Central (E) de Colombia en Nueva York (fls. 608 a 617).

² Auto del 23 de septiembre de 2014, fl. 226.

5. Trámite en única instancia

Mediante providencia del 23 de septiembre de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso³.

En escrito del 29 de septiembre de 2014 la demandante presentó reforma a la demanda, que se rechazó en auto del 13 de noviembre de 2014⁴ por contener cargos nuevos propuestos por fuera del término de caducidad. En este auto además, se tuvo por contestada la demanda.

La parte demandante interpuso recurso de súplica, que se resolvió por la Sala en auto del 11 de diciembre de 2014⁵.

Mediante escrito del 12 de febrero de 2015 el doctor Pablo Bustos Sánchez presentó solicitud de coadyuvancia de la parte demandante⁶.

El día 16 de febrero de 2015 se celebró la audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA. En esta se determinó que no existía irregularidad que afectara el proceso y se declaró probada la excepción de *“falta de legitimación por pasiva”* que propuso la Registraduría Nacional del Estado Civil y se le separó del proceso.

El litigio se fijó en los siguientes términos:

“Se contrae a determinar si el señor Jaime Buenahora Febres, dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional, gestionó negocios y contratos en favor de terceros ante el Consulado de Colombia en Nueva York, específicamente a favor del señor John Moreno Escobar, y si esa circunstancia lo hacía incurso en la inhabilidad de que trata el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

En dicha audiencia la Consejera Ponente negó el testimonio de la señora Liliana Melo, por no corresponder al objeto de la controversia. Contra esta decisión la demandante interpuso recurso de súplica, que resolvió la Sala en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmando la negativa (fl. 777). Adicionalmente este auto dispuso solicitar que se informara a las partes, al Ministerio Público y al resto de la Sala, cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas entre los folios 325 a 576, serían tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico. La solicitud se cumplió en auto del 19 de marzo de 2015, notificado el 24 de marzo siguiente (fls. 802 a 813 c. 2).

3 Folios 226 a 228.

4 Folios 644 a 645 vuelto.

5 Folios 688 a 696.

6 Folios 718 a 725.

6. Alegatos de conclusión

De la demandante

En escrito de 14 de abril de 2015 el apoderado de la demandante, a cambio de alegar de conclusión, propuso incidente de nulidad que la Sala resolverá en capítulo previo de esta providencia.

Del demandado

Mediante memorial del 10 de abril de 2015 reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda en el siguiente sentido:

“En definitiva, la demandante no aportó ninguna prueba que demuestre mi intervención en gestiones orientadas a la celebración de un contrato entre el Consultado de Colombia en Nueva York y el señor John Moreno o la firma Colombian Education Fund. Lo que es peor, ni siquiera demostró la existencia del supuesto contrato, no lo aportó ni lo identificó con su número y fecha. En otras palabras, no lo aportó ni lo identificó con su número y fecha. En otras palabras, no comprobó los presupuestos que configuran la causal de inhabilidad que se me atribuye.

(...)

(...) de la información suministrada por el Cónsul General Central (E) de Colombia en Nueva York, doctor Alvaro Calderón, en el oficio número AC/331261 del 10 de octubre de 2014 dirigido al suscrito en respuesta a un derecho de petición y que aporté con la contestación de demanda, se desprende que ese Consulado no tiene ni ha tenido vinculación contractual alguna con el señor Jhon Moreno Escobar ni con el Fondo Colombia Education Fund (...)

Es claro entonces que el Consulado de Colombia en Nueva York no tiene ni ha tenido vinculación contractual alguna con el señor John Moreno ni con la firma Colombiam Education Fund y, por tanto, queda plenamente desvirtuado el único cargo de la demanda sustentado en mi supuesta intervención en gestión de negocios y en la celebración de contratos a favor del citado señor Moreno” (fls. 828 a 835 c. 2).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

Como sustento de la petición, en resumen, manifestó que la demanda se apoyó en noticias periodísticas que a la luz de la jurisprudencia tan sólo constituyen evidencia de la existencia de la información pero no de la veracidad de su contenido,

por lo que no ostentan valor probatorio eficaz, merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación de un tercero, que deberían ser ratificadas ante el juez.

Que siguiendo esos lineamientos jurisprudenciales se puede concluir sin hesitación alguna que estos informes no permiten la demostración de que el elegido Representante haya intervenido en la gestión de negocios ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o ante el consulado de New York como lo afirma la parte actora, y mucho menos en favor del señor John Moreno Escobar.

Que de ninguno de los documentos que obran a folios 533 a 575 es posible inferir el supuesto de hecho que se exige para efectos de configuración de la inhabilidad alegada, *“se podría concluir afirmando que en el caso presente las afirmaciones de la demandante en relación con la intervención del elegido en la gestión no son más que inferencias subjetivas carentes de respaldo probatorio que no tienen la capacidad de enervar los efectos del acto que declaró la elección del doctor Jaime Buenahora Febres como Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional, período 2014–2018”* (fls. 816 a 827).

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 del CPACA⁷, esta Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda contra el acto de elección del señor Jaime Buenahora Febres como Representante a la Cámara la Cámara Internacional, periodo 2014–2018.

2. El acto acusado.

Es el formulario E–26 CA del 16 de julio de 2014 expedido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral que integraron la Comisión Escrutadora para Cámara Internacional (fls. 9 a 26), contentivo de la elección de Representantes a la Cámara por esta circunscripción para el período 2014–2018, y en lo que atañe a la elección del señor Jaime Buenahora Febres.

3. Asunto previo

En el alegato de conclusión el apoderado sustituto de la demandante pidió que se anule *“(...) lo actuado desde el auto admisorio de la reforma de la demanda”*, porque considera que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, no de él sino del demandado, pues no se le corrió traslado a éste de la reforma de la demanda, y también porque el auto de

precisión sobre las pruebas a tener en cuenta de la reforma de la demanda, no se dictó en audiencia.

Al respecto la Sala determina frente al primer motivo, que basta recordar que las actuaciones en que el apoderado de la demandante funda la solicitud de nulidad tuvieron ocurrencia antes de que se llevara a cabo la AUDIENCIA INICIAL de fecha 16 de febrero de 2015, por lo que debió plantearse en esa diligencia, en la que la conductora del proceso, de una parte, interrogó a las partes acerca de si a esa etapa del proceso encontraban la presencia de alguna irregularidad, a lo que respondieron negativamente, y de la otra, de manera oficiosa determinó que no observaba ninguna situación que pudiera viciar el proceso; tal decisión fue notificada por estrados y al no ser impugnada, cobró ejecutoria.

Por lo tanto a posteriori a esta oportunidad le está vedado a las partes plantear nulidades que consideren tuvieron ocurrencia con anterioridad.

Es la gran virtualidad de la primera audiencia precisamente la de sanear el proceso de manera que pueda avanzar válidamente, esto es, que lo definido en ella resulta ser completamente vinculante para las partes y para el juez.

Además y en gracia de discusión, la Sala destaca que la demandante pretende derivar una nulidad por una situación que procesalmente podría afectar los intereses de la parte demandada, planteamiento para el cual, por lo tanto, carece de legitimación, y respecto al cual el demandado no alegó inconformidad alguna.

Por otra parte, y en relación con la supuesta vulneración del debido proceso porque el auto del 19 de marzo de 2015 no se produjo en audiencia, la Sala pone de presente que el contencioso electoral es un proceso mixto, conformado por actuaciones orales y escriturales, y que dicha providencia se dictó atendiendo al auto de Sala del 5 de marzo de 2015 en el cual no se indicó que debería preferirse en audiencia. Además, dicha providencia se notificó por anotación en estado del 24 de marzo de 2015 y a la demandante mediante a su correo electrónico (fls. 803 vto. y 804), actuación secretarial que tuvo por propósito, que los notificados se pronunciaran sobre ello, si estuvieren en desacuerdo. El término de ejecutoria transcurrió sin que el apoderado de la demandante presentara inconformidad alguna con el mismo, por lo que mal puede ahora pretender obviar su silencio, alegando nulidad.

Por estas consideraciones, y ante la evidente improcedencia, de plano se **RECHAZARÁ** la solicitud de nulidad, advirtiéndole a la parte demandante que las peticiones improcedentes pueden ser tenidas como actuaciones dilatorias del proceso y están proscritas.

4. Estudio de fondo del asunto

De conformidad con la fijación del litigio que se hizo en la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si el

⁷ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.” (Subrayas fuera de texto)

demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional debido a que según la demanda, infringió la prohibición que establece el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, pues como se alega, dentro de los seis (6) meses anteriores a ser elegido, gestionó negocios y contratos en favor del señor John Moreno Escobar ante el Consulado de Colombia en Nueva York.

De las pruebas allegadas al proceso y que se determinó tener como tales *con el valor que la ley les dé*, referidas al cargo de gestión en favorecimiento de contratos con el Consulado de Nueva York para Jhon Moreno Escobar, se tiene lo siguiente:

- Informes de prensa

Con la demanda y su corrección, se anexaron impresiones de internet de algunos informes de prensa referidos a las siguientes situaciones:

- Sin fecha: Noticia del portal “Las Dos Caras” que recoge denuncias en la W Radio titulado “*Las Puertas Giratorias en Nueva York*” (fl. 362).
- Sin fecha: Noticia del portal “Las Dos Caras” sobre invitación a un evento denominado “Hablemos con Jaime” (fl. 363).
- Sin fecha: Noticia del portal “Las Dos Caras” que titula “*Procuraduría suspende funciones electorales a Cónsules de N. York y N. Jersey*” (fl. 366).
- Sin fecha: Noticia del portal “Las Dos Caras” que titula “*La contratación en los Consulados*” (fl. 368).

Frente a estas pruebas, la Sala advierte que no son idóneas para demostrar la causal de inhabilitación que se le endilga al demandado, por las siguientes razones:

Por una parte, porque según lo ha considerado la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado⁸, las noticias periodísticas no dan certeza de lo que contienen, debido a que no es posible otorgarles el carácter de pruebas testimoniales ni documentales, pues solo constituyen resumen periodístico de lo que un tercero informó, y según la versión que de tal noticia presenta el medio.

Además, en el sub examine, estos informes nada contienen sobre posibles gestiones que el doctor Jaime Buenahora Febres realizara para que el Consulado de Colombia en Nueva York contratara en prestación de servicios al señor John Moreno Escobar.

- Certificaciones

En estas certificaciones⁹ se relacionan los trabajadores, funcionarios y contratistas respecto de consulados diferentes

a Nueva York, por lo que ninguna valoración puede hacerse de las mismas, pues no tienen conexión alguna con el problema jurídico a resolver. Porque se deja claro que en ninguno de tales escritos se menciona al señor Moreno Escobar.

- Oficio

Relativo al punto materia de la fijación del litigio, en la contestación de la demanda, el demandado anexó:

- Oficio AC/331261 del 20 de octubre de 2014 firmado por el doctor Álvaro Calderón Ponce de León, Cónsul General Central (E) de Colombia en Nueva York (fls. 618 y 619).

Corresponde a el informe del Cónsul General Central (E) de Colombia en Nueva York acerca de los nombres de las personas vinculadas contractualmente por el Consulado de Colombia en Nueva York para coadyuvar las funciones consulares, así: Terranova Strategic Patners Llc; Andrés Calle Consulting Services INC y Gladis Noreña Rendón.

En dicho oficio también se señala en forma expresa que “*Revisado el archivo documental y electrónico del Consulado, y específicamente el correspondiente al área administrativa, se pudo constatar que no hay, ni ha habido vinculación contractual de ninguna naturaleza entre el Consulado de Colombia en Nueva York y el señor Jhon Moreno Escobar*”. Igualmente da cuenta de que el mencionado señor tampoco “*tiene, ni ha tenido alguna vinculación con el Colombian Education Fund –COLEF–*” (fls. 618 y 619).

Resulta claro entonces que no existe prueba en el expediente de que el señor Moreno Escobar haya estado vinculado bajo ninguna modalidad al Consulado de Colombia en Nueva York. Tampoco existe acreditación alguna sobre gestiones del demandado ante dicho Consulado con el fin de favorecer al mencionado señor con el otorgamiento de algún contrato.

Así, ante la orfandad probatoria, carga que recae en el demandante, se impone negar las súplicas de la demanda, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de elección.

Conclusión

Al no lograrse desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de elección, éste debe permanecer incólume.

Personerías

De otra parte, se resolverá lo pertinente sobre personerías, conforme a los memoriales allegados.

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,

⁸ A modo de ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 15 de junio de 2000, exp. 13338 y del 25 de enero de 2001, exp. 11413.

⁹ Folios 533 a 575.

FALLA:

Primero. Rechazar por improcedente y extemporánea la solicitud de nulidad procesal que formuló el apoderado de la parte demandante. Se le advierte tanto a la demandante como a su apoderado, abstenerse de proponer actuaciones dilatorias y manifiestamente improcedentes.

Segundo. Negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por la señora Adelaida Atuesta Colmenares contra la elección del doctor Jaime Buenahora Febres como Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.

Tercero. Aceptar la renuncia que presentó el doctor Ciro Nolberto Guecha Medina como apoderado sustituto de la demandada.

Cuarto. Tener al doctor Nelson Fernando Franco González como apoderado judicial de la demandada, en atención al memorial visible a folio 848 en el que resumió el poder.

Notifíquese y cúmplase

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

PARTIDOS POLÍTICOS – Definición / MOVIMIENTOS POLÍTICOS – Definición / PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS – Son propietarios de su nombre / PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS – Requerimientos a los que se deben acoger para su funcionamiento y operatividad

De conformidad con el artículo 107 de la Constitución: “se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos”. La norma también establece que las agrupaciones políticas se deben organizar democráticamente y que tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos. El artículo 2° de la Ley 130 de 1994 define los partidos y los movimientos políticos, así: “Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación. Los movimientos políticos son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones”.

Por otro lado la misma ley estatutaria de partidos y movimientos Políticos establece en el artículo 5° que ellos son “propietarios de su nombre”. Que éste “no podrá ser usados por ningún otro partido u organización política reconocida o no. La denominación de un partido o movimiento deberá distinguirse claramente de la de cualquier otro ya existente”. En relación con la organización, el funcionamiento y los estatutos precisa el legislador que los partidos y movimientos políticos tiene un margen de libertad y autonomía que solo se encuentra limitado a que no contraríen la Constitución, la ley, las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, y las propias decisiones de sus autoridades internas. Tanto la citada Ley 130 de 1994 como la 1475 de 2011 desarrollan y definen los principios y las reglas que deben gobernar todos los partidos y movimientos políticos, es decir, establecen los mínimos requerimientos a los que se deben acoger para su funcionamiento y operatividad.

Nota de Relatoría: Sentencias C-089 de 1994, Corte Constitucional.

Fuente Formal: Constitución Política – artículo 107 / ley 130 de 1994 / Ley 1475 de 2011

COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES – Presupuestos para su configuración / INHABILIDAD POR COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES – Presupuestos

“El Artículo 179 C. P. No podrán ser congresistas: 1. (...) 6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de

consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, o movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha. (...) Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.” Para que se estructure esta inhabilidad se requiere: i) Que entre los inscritos exista el vínculo que estable la norma: matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. ii) Que la inscripción al cargo o como miembro de corporación pública de elección popular por parte de los parientes se haga por el mismo partido o movimiento político. iii) Que la elección en la que participen se realice en la misma fecha y para la misma corporación pública.

Fuente Formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 6

INHABILIDAD POR COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES – Inscripción de parientes a cargos de elección por el mismo partido o movimiento político que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha / SENADOR DE LA REPÚBLICA – No se demostró que en la elección de demandado se estructure la inhabilidad de coexistencia de inscripciones

El problema jurídico a resolver radica en determinar si el demandado estaba incurso en la inhabilidad que preceptúa el numeral 6 del artículo 179 Superior por el hecho de que para las mismas elecciones al Senado de la República celebradas el mismo día, su hermano Juan Manuel Galán Pachón participó y fue elegido Senador, a juicio del demandante por un partido político si bien con nombre diferente al que avaló al demandado, pero que en la realidad se trata de igual agrupación política. Comienza la Sala por precisar que de conformidad con las pruebas relacionadas en el acápite 2, aportadas por el apoderado judicial del demandado, se puede concluir que los partidos políticos Cambio Radical y el Liberal Colombiano fueron creados en fechas diferentes, cada uno de ellos tiene su propia personería jurídica autónoma e independiente así como sus representantes legales son disímiles, todo ello reconocido mediante actos administrativos diferentes proferidos por el Consejo Nacional Electoral, que están vigentes y gozan de la presunción de legalidad. Adicionalmente, revisadas las plataformas ideológicas y los estatutos de los partidos Liberal y Cambio Radical, pruebas aportadas por el actor, se evidencia que éstos no son las mismas agrupaciones políticas, puesto que el Liberal se reconoce como el “partido del pueblo” y se “constituye como una coalición de matices de izquierda democrática”. Por su parte Cambio Radical es una “opción política de cambio democrático”, que parte de la idea que para lograr sus objetivos “es necesario consolidar la seguridad democrática en Colombia”.

Otro de los elementos que los diferencian es que el Liberal tiene como uno de sus ejes ideológicos comprometerse a “buscar la solución política de los conflictos existentes en el seno de la sociedad colombiana, incluyendo los armados, por medio de la deliberación, la concertación y la negociación, entendiendo estos procesos como una función del Estado que debe materializarse en reformas económicas, políticas y sociales que hagan posible la reconciliación”. Y Cambio Radical tiene como uno de sus principales pilares el apoyo a la política de seguridad democrática a partir de una estrategia que comprende entre otros “el control del territorio nacional, la defensa de la soberanía y el fortalecimiento de la fuerza pública”. Ahora bien, puede ser cierto, como lo afirma el demandante, que haya similitudes entre las dos agrupaciones políticas a partir de los contenidos de sus plataformas ideológicas tales como el carácter pluralista, su tendencia liberal, el propósito de defensa de los derechos humanos, el propender por el respeto a la justicia, a la ley y su democratización interna. Pero por tales coincidencias no es posible afirmar que se trate del mismo partido político, requisito sine qua non para que prospere la causal endilgada al demandado.

Tampoco es de recibo el señalamiento de que los partidos Cambio Radical y Liberal son uno debido a que aquel provino de una disidencia de éste, puesto que aceptar tal tesis sería desconocer la garantía constitucional consagrada en el artículo 107 de la Carta Política conforme a la cual existe la libertad para afiliarse o retirarse de un partido o movimiento político y para fundar o participar en la creación de uno nuevo. Además, y precisamente que el origen del Partido Cambio Radical haya sido su fundación por parte de algunos militantes del Partido Liberal a partir de su inconformismo con éste, muestra que su intención fue la de constituir una agrupación diferente que innovara el tradicional Partido Liberal. Finalmente, frente a la petición del apoderado judicial de “compulsa de copias” al accionante pues en su consideración éste actuó con temeridad y la mala fe debido a que para él la causal que atribuyó al demandado no presenta vacío y por ende no requiere interpretación, no se accederá a tal solicitud toda vez que no se aprecia probado que la demanda se instaurara con intenciones de esa naturaleza y porque el acceso a la administración es un derecho fundamental y el demandante planteó un posible escenario novedoso de la causal de inhabilidad. En consecuencia, como no logró demostrarse que en la elección del demandado se estructure la inhabilidad atribuida, el acto de elección conserva la presunción de validez de que está amparado, todo lo cual impone que se nieguen las súplicas de la demanda.

Fuente Formal: Constitución Política – artículo 179 numeral 6

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001–03–28–000–2014–00113–00

Actor: Jorge Basto Prada

Demandado: Senador de la República

Procede la Sala a decidir la demanda que presentó el señor Jorge Basto Prada dirigida a obtener la nulidad de la Resolución No. 3006 del 17 de julio de 2014 proferida por el Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró la elección del señor Carlos Fernando Galán Pachón como Senador de la República para el período 2014 – 2018.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El demandante, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad electoral instaura esta demanda. Aduce que es inválida la elección como Senador de la República del señor Carlos Fernando Galán Pachón para el período 2014–2018, pues éste se haya incurso en la causal de inhabilidad que contempla el numeral 6 del artículo 179 de la C. P., porque su hermano Juan Manuel Galán Pachón, según su criterio, se inscribió y fue elegido el mismo día por el mismo partido político a la misma corporación pública.

2. Fijación del litigio

En la primera audiencia que se celebró el 21 de enero de 2015 se determinó que el litigio a resolver se circunscribe a lo siguiente:

“definir si en el acto de elección del doctor Carlos Fernando Galán Pachón como Senador de la República existe un vicio que se tipifica en el numeral 6 del artículo 179 Superior porque se trata de dos hermanos elegidos en la misma fecha y por un mismo partido político” a una misma corporación pública.

Tal decisión fue notificada en estrados y como no fue recurrida cobró ejecutoria.

3. Fundamentos de hecho

El demandante relacionó como hechos de la demanda de nulidad electoral y que a juicio de la Sala son relevantes para la decisión que corresponde adoptar, los siguientes:

- Que los señores Juan Manuel y Carlos Fernando Galán Pachón fueron elegidos Senadores de la República por los partidos Liberal y Cambio Radical en los comicios del 9 de marzo de 2014.
- Que los citados congresistas son hijos del fallecido dirigente político Luis Carlos Galán Sarmiento y de la señora Gloria Pachón.

- Realizó un recuento histórico del pensamiento y la ideología liberal, del nacimiento y desarrollo de los partidos políticos, de las plataformas ideológicas y los estatutos de los partidos Liberal y Cambio Radical para afirmar que ambos se identifican como *“organizaciones políticas dentro de un Estado liberal de derecho con un modo de producción”* y garantes de la libertad individual.
- Que según la página web de “Cambio Radical”, el origen de ese partido político surgió de una disidencia de algunos personajes inconformes con el partido Liberal.
- Sostuvo que el Partido Liberal y Cambio Radical *“no tienen ninguna diferencia programática ni de ideales políticos.”* Tal aseveración constituye el fundamento en que basa su afirmación en el sentido de que ambas agrupaciones políticas *“son dos presentaciones de un mismo producto: el partido liberal.”*
- Que entonces, y por lo tanto, el demandado y su hermano – Juan Manuel Galán Pachón, fueron elegidos para la misma corporación por el mismo partido *“el liberal”*, pese a que las agrupaciones políticas aparezcan con dos razones sociales diferentes, lo cual contraría la Constitución Política, en especial a los artículos 123, 133 y 179 *ibidem*.

4. Concepto de la violación

El demandante lo fundamenta en una única censura: Que el acto de elección es nulo porque transgrede el numeral 6 del artículo 179 de la Constitución Política¹, como ya se dijo, porque el hermano del demandado, señor Juan Manuel Galán Pachón también fue elegido el 9 de marzo de 2014 como Senador de la República por igual agrupación política, debido a que según él lo considera, el Partido Liberal y Cambio Radical son uno mismo.

Alega que ello es así debido a que: i) Cambio Radical surgió de una disidencia del Liberal; ii) los señores Carlos Fernando y Juan Manuel Galán Pachón son hijos del fallecido Luis Carlos Galán Sarmiento y Gloria Pachón de Galán, por lo tanto no se discute su parentesco; iii) el demandado y su hermano fueron elegidos a la misma corporación pública – Senado de la República, iv) y en la misma fecha, el pasado 9 de marzo de 2014.

Que en consecuencia, y comoquiera que se cumplen los requisitos de la causal alegada, (art. 179.6 C. P.), a su juicio es evidente que dicha elección es contraria al ordenamiento jurídico.

5. De la admisión y contestaciones de la demanda

Por auto de 9 de septiembre de 2014 se admitió la demanda y se ordenó realizar las notificaciones que exige el artículo 277 del CPACA.

¹ Se precisa que pese a que el único cargo desarrollado en el libelo de la demanda es la vulneración del No. 6° del artículo 179 Superior, el actor también se refirió al numeral 5 *ibidem* sin embargo, en la audiencia inicial del 21 de enero de 2015, el litigio se fijó exclusivamente a aquel y no a este último.

Dentro de la oportunidad legalmente establecida, el demandado, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Sostuvo que su defendido no se encuentra incurso en la inhabilidad que invoca el demandante – numeral 6 del artículo 179 Superior, ni en ninguna otra.

Indicó que el señor Carlos Fernando Galán Pachón y su hermano resultaron elegidos Senadores de la República por partido diferente cada uno: por Cambio Radical y por el Liberal, respectivamente, y no por uno mismo como lo alega el demandante.

Se refirió a los elementos de la causal endilgada y a la teleología de dicha restricción para indicar que en el presente caso no se configura pues al demandado lo avaló el partido Cambio Radical y a su hermano el Liberal, agrupaciones políticas diferentes con personerías jurídicas independientes.

La Registraduría Nacional del Estado Civil al contestar la demanda propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitó que se le desvinculara del proceso de la referencia.

El Consejo Nacional Electoral en su condición de entidad que expidió el acto acusado no se pronunció.

6. De la audiencia inicial

Por auto del 27 de octubre de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas se dispuso señalar como fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA, el 12 de diciembre de 2014.

Comoquiera que el apoderado judicial del demandado solicitó el aplazamiento de dicha audiencia en razón a que no podía asistir a la misma en la fecha señalada, por auto de 10 de diciembre de 2014 se fijó como nueva fecha para la audiencia inicial el 21 de enero de 2014 a las 11:00 a.m.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora del proceso aceptó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En esta audiencia se precisó el problema jurídico a resolver en los términos que se señalan en el acápite 2° *“Fijación del litigio”*.

Respecto de las anteriores determinaciones no se ejercieron recursos por las partes. Por lo tanto, tales decisiones quedaron ejecutoriadas.

7. De las alegaciones de conclusión

7.1. El actor

Sostuvo que su deber como ciudadano lo impulsó a presentar esta demanda. Que Cambio Radical, partido que avaló la

elección como Senador de la República del demandado – Carlos Fernando Galán Pachón, es una escisión del Liberal.

Que el demandado debió meditar antes de inscribir su nombre como aspirante al Senado, en especial teniendo en cuenta que su hermano también tenía aspiraciones. Que los hermanos Galán Pachón redujeron las posibilidades de los demás aspirantes a ser elegidos Senadores.

Señaló que *“el señor CARLOS FERNANDO GALÁN PACHÓN tenía todo el derecho a presentar su nombre para ser considerado por nuestro pueblo como Senador; pero de igual manera como persona culta y más aún como dinamizador de la ideología liberal; también tenía la responsabilidad ética de pensar en la inmensa mayoría de colombianos sin ninguna posibilidad de ser electos, posibilidad reducida aún más por las aspiraciones de su hermano JUAN MANUEL”*.

Reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda referente a la ideología liberal y a la génesis de los partidos liberal y Cambio Radical.

Indicó que el principio de la libertad es el valor supremo de la ideología liberal. Que no se puede dejar de lado que el ejercicio de dicho principio dentro de un Estado Social y Democrático de derecho no es ilimitado y que su primer control es el ético y que es responsabilidad de quienes encarnan la representación del pueblo.

Que el comportamiento político del demandado –Carlos Fernando Galán Pachón y de su hermano Juan Manuel– va en contravía de los artículos 13, 20 y 40 de la Constitución Política porque aquel pese a tener el derecho a participar en la política del país, debió ponderar este deseo si sabía que su hermano también aspiraría al mismo cargo, a fin de no causar desigualdades frente a los demás ciudadanos.

Señaló que se está ante una inhabilidad constitucional para ser Congresista, establecida en el numeral 6 del artículo 179 Superior que a su tenor literal reza: *“Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha”*.

7.2. De la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC)

La apoderada judicial de esa entidad indicó que presenta alegatos de conclusión simplemente para recordar que en la primera audiencia se decretó prospera la excepción de falta de legitimación en la cusas por pasiva de la entidad que representa.

7.3. Del demandado

Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda afirmando que su poderdante no se encuentra

incurso en la inhabilidad el numeral 6 del artículo 179 Superior ni en ninguna otra.

Que de las pruebas que obran en el expediente así se puede corroborar puesto que éste y su hermano se inscribieron, hicieron campaña y resultaron elegidos por dos partidos distintos, Cambio Radical y el Liberal, respectivamente.

A partir de relacionar las documentales atinentes a el otorgamiento de la personería jurídica a Cambio Radical desde el año 1997 bajo la denominación que tenía en ese entonces de “Valdivieso Presidente 98” y a la representación política representación política alcanzada por esa agrupación, indicó que este Partido y el Liberal son dos diferentes y que por tal motivo no se puede tener en cuenta la interpretación subjetiva del demandante.

Alegó que la finalidad de la norma (numeral 6 del artículo 179 C. P.) es *“evitar que se utilice la fuerza electoral de uno de los congresistas para arrastrar a sus parientes más cercanos y crear dinastías electorales.”* Que tal situación no aconteció en el caso concreto pues si los dos hermanos se enfrentaron para el mismo cargo uno no le sumó votos al otro, por el contrario entre ellos se los restaron, precisamente por ser dos partidos políticos diferentes.

Citó, como apoyó la sentencia de pérdida de investidura de 3 de marzo de 1998 (AC 5439)² proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado en donde se sostuvo al resolver una demanda que en el caso de dos hermanos elegidos Congresistas uno por el Partido Conservador y otro por el Movimiento Nacional Progresista que no procedía acceder a las súplicas de la demanda que estaba fundada en la misma causal ahora alegada. Que la sentencia sostuvo que ello es así debido a que *“no se inscribieron, ni fueron elegidos por un mismo partido, grupo o movimiento político”*.

Indicó que las afirmaciones del demandante son *“amañadas, subjetivas y conjeturas sin sustento.”* Que las candidaturas de los hermanos Galán Pachón fueron inscritas y resultaron elegidos por dos partidos políticos distintos. Por lo tanto, la demanda no está llamada a prosperar.

Finalmente, solicitó a la Sala estudiar la posibilidad de *“compulsar de copias”* al accionante por la temeridad y la mala fe con las que obró, puesto que en el sub examine no se trata de un problema de interpretación o vacío de la norma.

8. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado indicó que la pretensión de nulidad del acto de elección del ciudadano Carlos Fernando Galán Pachón no está llamada a prosperar.

2 C. P. Doctor Juan Alberto Polo Figueroa. Actor: Flavio Restrepo Gómez. Demandado: Floro Arturo Yepes Alzate.

Precisó que la inhabilidad establecida en el artículo 179 numeral 6 de la Constitución Política no se configura, porque si bien los hermanos Galán Pachón fueron elegidos como Senadores de la República en elecciones a corporaciones públicas que se llevaron a cabo en el mismo día, participaron en la contienda electoral avalados por dos partidos distintos a saber: Cambio Radical y el Liberal.

Se refirió a los requisitos para la creación de los partidos políticos y al contenido de los estatutos de los mismos contenido en la Ley 130 de 1994. Señaló que la afirmación que hace el demandante según la cual los partidos Cambio Radical y Liberal son en el fondo uno solo, no es cierta.

Expuso que de las pruebas allegas al plenario se demostró lo siguiente:

“Tanto el partido Cambio Radical como el partido Liberal tienen su propia personería y han sido reconocidos como tales por las autoridades electorales las cuales los consideran movimientos políticos distintos;

–El nombre de uno y otro es igualmente diferente;

– Los colores distintivos no son coincidentes;

El logotipo de los partidos en cada caso en particular es propio y ni tan siquiera se puede afirmar que son semejantes”.

Que en vista de lo anterior uno y otro partido son distintos sin lugar a dudas.

En relación con el ideario político de estas agrupaciones políticas adujo que según el ordenamiento jurídico existe libertad para crear partidos políticos cumpliendo con las exigencias legales establecidas. Que para el reconocimiento de su personería jurídica se exige que deben *“presentar un documento que contenga la plataforma política del partido o movimiento, expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones democráticas que lo identifiquen”*, pero no se prohíbe que sea coincidente con la de otros partidos, lo que resulta lógico si se trata de movimientos o partidos que pretenden el poder pero sin el ánimo de modificar de manera radical el *statu quo*, por lo que resulta comprensible que las agrupaciones políticas terminen siendo coincidentes en muchos aspectos doctrinarios o de ideología.

Finalmente, sostuvo que si se hace un paralelo entre los idearios de los partidos Cambio Radical y el Liberal se pueden encontrar aspectos ideológicos o doctrinarios que los hacen diferentes así en muchos otros sean coincidentes, ante lo cual reitera, *“se entiende que son organizaciones que propenden por el poder sin menoscabar ni desconocer el ordenamiento jurídico superior que es en últimas el que determina la ideología de los partidos y movimientos”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13–4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁴.

El acto acusado lo constituye la Resolución No. 3006 de 17 de julio de 2014, emitida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto a la elección del señor Carlos Fernando Galán Pachón como Senador de la República para el período 2014–2018, visible a folios 28 a 49 del expediente.

El problema jurídico a resolver radica en determinar si el demandado estaba incurso en la inhabilidad que preceptúa el numeral 6 del artículo 179 Superior por el hecho de que para las mismas elecciones al Senado de la República celebradas el mismo día, su hermano Juan Manuel Galán Pachón participó y fue elegido Senador, a juicio del demandante por un partido político si bien con nombre diferente al que avaló al demandado, pero que en la realidad se trata de igual agrupación política.

1. De los partidos políticos

De conformidad con el artículo 107 de la Constitución: *“se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos”*. La norma también establece que las agrupaciones políticas se deben organizar democráticamente y que tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos.

En relación con el derecho a constituir partidos y movimientos políticos la Corte Constitucional⁵ ha considerado:

“El derecho a constituir partidos y movimientos políticos, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional, atribuido a todo ciudadano colombiano, con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Este derecho es una manifestación activa del status de ciudadano, el cual comprende un conjunto de derechos y deberes que, en su conjunto,

3 Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

4 Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003).

5 Sentencia C–089 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

dan cuerpo y califican la relación de los nacionales con el poder político y describen una faceta de las personas como partícipes actuales o potenciales de la organización del Estado. La limitación del derecho analizado que se descubre en el artículo, se deriva, pues, de la relatividad de los derechos políticos que la misma Constitución establece.”

El artículo 2° de la Ley 130 de 1994⁶ define los partidos y los movimientos políticos, así:

*“Los **partidos** son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.*

*Los **movimientos políticos** son asociaciones de ciudadanos constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad política o para participar en las elecciones.”*

Frente a tales definiciones la Corte Constitucional⁷ ha sostenido que:

“La definición de partido que consagra el artículo 2 recoge, en lo esencial, las funciones sumariamente descritas, como quiera que la anterior relación de funciones, equivale a postular que en aquél se refleja el pluralismo político y, por su conducto, se promueve y encauza la participación de los ciudadanos y la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas. Con la constitucionalización de los partidos se pretende, entonces, establecer reglas de juego que permitan mejorar las condiciones de competencia pluralista, fundamento del sistema democrático, y con ello develar y controlar una actividad en la que se determina lo esencial del poder político y de la función pública.

(...)

El movimiento de tipo político, por su grado de organización y permanencia, está llamado a convertirse eventualmente en partido. La organización social, en cambio, mantiene sus propósitos políticos como objetivos que adquieren importancia coyuntural en la consecución de los fines de tipo social que posee la institución. El movimiento social no tiene el grado de organización del partido o de la organización social. Sus objetivos también son circunstanciales,

pero su evolución puede derivar en un movimiento político.”

Por otro lado la misma ley estatutaria de partidos y movimientos políticos establece en el artículo 5° que ellos son “*propietarios de su nombre*”. Que éste “*no podrá ser usados por ningún otro partido u organización política reconocida o no. La denominación de un partido o movimiento deberá distinguirse claramente de la de cualquier otro ya existente*”.

En relación con la organización, el funcionamiento y los estatutos precisa el legislador que los partidos y movimientos políticos tiene un margen de libertad y autonomía que solo se encuentra limitado a que no contraríen la Constitución, la ley, las disposiciones del Consejo Nacional Electoral, y las propias decisiones de sus autoridades internas.

Tanto la citada Ley 130 de 1994 como la 1475 de 2011⁸ desarrollan y definen los principios y las reglas que deben gobernar todos los partidos y movimientos políticos, es decir, establecen los mínimos requerimientos a los que se deben acoger para su funcionamiento y operatividad.

2. De las pruebas relevantes que obran en el expediente

Conforme a las pruebas que presentaron las partes, demandante y demandado, se tiene acreditado:

- Que el señor Carlos Fernando Galán Pachón con aval del partido Cambio Radical participó y resultó elegido para el Senado de la República en las elecciones que se llevaron a cabo el 9 de marzo de 2014 (fls. 120 y 124 a 127).
- Que el señor Juan Manuel Galán Pachón, avalado por el partido Liberal Colombiano participó y resultó elegido para el Senado de la República en las elecciones que se llevaron a cabo en la misma fecha (fls. 120 a 123).
- Que el Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución No. 4 de 1986 reconoció personería jurídica al Partido Liberal Colombiano (fls. 129 a 131).
- Que el Consejo Nacional Electoral por medio de la Resolución No. 1305 de 1997 reconoció personería jurídica al Movimiento Político “Valdivieso Presidente 98” (fls 132 a 135).
- Que según certificación del Subsecretario del Consejo Nacional Electoral en actos administrativos posteriores a la citada resolución, se han registrado cambios de nombre de dicho movimiento político (fl 149).

⁶ “Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”

⁷ Sentencia C-089 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

- Que por medio de la Resolución No. 1899 de 2003, el Consejo Nacional Electoral registró como nueva denominación del movimiento político Cambio Radical el de “*Partido Cambio Radical Colombiano*” (fls 136 a 144).
- Que por medio de la Resolución No. 1003 de 2009, el Consejo Nacional Electoral registró como nueva denominación de esta agrupación la de “*Partido Cambio Radical*”.
- Las plataformas ideológicas y los estatutos de los partidos Liberal y Cambio Radical (fls 7 a 15).

3. De la decisión

Como se ha indicado, la inelegibilidad que se le atribuye al acto de elección cuestionado se fundamenta en que transgrede:

“El artículo 179 C. P. **No podrán ser congresistas:**

1.

(...)

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, o movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.”

Para que se estructure esta inhabilidad se requiere:

- Que entre los inscritos exista el vínculo que estable la norma: matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- Que la inscripción al cargo o como miembro de corporación pública de elección popular por parte de los parientes se haga por el mismo partido o movimiento político.
- Que la elección en la que participen se realice en la misma fecha y para la misma corporación pública.

Así, las cosas, comienza la Sala por precisar que de conformidad con las pruebas relacionadas en el acápite 2, aportadas por el

apoderado judicial del demandado, se puede concluir que los partidos políticos Cambio Radical y el Liberal Colombiano fueron creados en fechas diferentes, cada uno de ellos tiene su propia personería jurídica autónoma e independiente así como sus representantes legales son disímiles, todo ello reconocido mediante actos administrativos diferentes proferidos por el Consejo Nacional Electoral, que están vigentes y gozan de la presunción de legalidad.

Adicionalmente, revisadas las plataformas ideológicas y los estatutos de los partidos Liberal y Cambio Radical, pruebas aportadas por el actor, se evidencia que éstos no son las mismas agrupaciones políticas, puesto que el Liberal se reconoce como el “*partido del pueblo*” y se “*constituye como una coalición de matices de izquierda democrática*”. Por su parte Cambio Radical es una “*opción política de cambio democrático*”, que parte de la idea que para lograr sus objetivos “*es necesario consolidar la seguridad democrática en Colombia*”.

Otro de los elementos que los diferencian es que el Liberal tiene como uno de sus ejes ideológicos comprometerse a “*buscar la solución política de los conflictos existentes en el seno de la sociedad colombiana, incluyendo los armados, por medio de la deliberación, la concertación y la negociación, entendiendo estos procesos como una función del Estado que debe materializarse en reformas económicas, políticas y sociales que hagan posible la reconciliación*”. Y Cambio Radical tiene como uno de sus principales pilares el apoyo a la política de seguridad democrática a partir de una estrategia que comprende entre otros “*el control del territorio nacional, la defensa de la soberanía y el fortalecimiento de la fuerza pública*”.

Ahora bien, puede ser cierto, como lo afirma el demandante, que haya similitudes entre las dos agrupaciones políticas a partir de los contenidos de sus plataformas ideológicas tales como el carácter pluralista, su tendencia liberal, el propósito de defensa de los derechos humanos, el propender por el respeto a la justicia, a la ley y su democratización interna. Pero por tales coincidencias no es posible afirmar que se trate del mismo partido político, requisito *sine qua non* para que prospere la causal endilgada al demandado.

Tampoco es de recibo el señalamiento de que los partidos Cambio Radical y Liberal son uno debido a que aquel provino de una disidencia de éste, puesto que aceptar tal tesis sería desconocer la garantía constitucional consagrada en el artículo 107 de la Carta Política conforme a la cual existe la libertad para afiliarse o retirarse de un partido o movimiento político y para fundar o participar en la creación de uno nuevo.

Además, y precisamente que el origen del Partido Cambio Radical haya sido su fundación por parte de algunos militantes del Partido Liberal a partir de su inconformismo con éste, muestra que su intención fue la de constituir una agrupación diferente que innovara el tradicional Partido Liberal.

Finalmente, frente a la petición del apoderado judicial de “*compulsa de copias*” al accionante pues en su consideración éste actuó con temeridad y la mala fe debido a que para él la

causal que atribuyó al demandado no presenta vacío y por ende no requiere interpretación, no se accederá a tal solicitud toda vez que no se aprecia probado que la demanda se instaurara con intenciones de esa naturaleza y porque el acceso a la administración es un derecho fundamental y el demandante planteó un posible escenario novedoso de la causal de inhabilidad.

En consecuencia, como no logró demostrarse que en la elección del demandado se estructure la inhabilidad atribuida, el acto de elección conserva la presunción de validez de que está amparado, todo lo cual impone que se nieguen las súplicas de la demanda.

Por 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,

FALLA:

Primero. Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Susana Buitrago Valencia

Alberto Yepes Barreiro

PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA – La Constitución precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido / EMPLEADO PÚBLICO – Las personas que ejercen la docencia no tienen autoridad civil, administrativa o militar, como situaciones generadoras de inhabilidad para ser elegido como concejal / CONCEJAL DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA – Si podía participar en la contienda política a pesar de desempeñarse como docente

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba imposibilitado para ser elegido como Concejal del Distrito de Barranquilla, porque infringió la prohibición que establece el artículo 127 constitucional, toda vez que, según el actor, para la época de la inscripción de la candidatura se encontraba vinculado al servicio público como docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Cañahuate, cargo que desempeñó hasta día antes de su posesión como concejal. El artículo 127 Constitucional precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido. De manera que los servidores que han quedado comprendidos dentro de ese listado taxativo y solo ellos tienen prohibida la participación en actividades políticas. En otras palabras, esa misma disposición constitucional habilita y permite el ejercicio de la actividad política a todos los demás empleados que no se encuentren contemplados expresamente en la prohibición.

Ahora bien, tales precisiones permiten concluir que hizo bien el a quo al denegar las súplicas de la demanda de la referencia, pues la norma en cuestión no prevé como situación prohibitiva el ejercicio de la docencia y, por ende, el señor Alberto Enrique Sánchez Galvis en su condición de profesor, podía participar en la contienda electoral que tuvo lugar en octubre de 2011 y, por ende, resultar electo como Concejal del Distrito de Barranquilla. La Sala recuerda que las causales de inhabilidad y nulidad de una elección son restrictivas, de tal forma que no es posible la analogía ni hacer interpretaciones extensivas de las mismas. El artículo 40 de la Ley 617 de 2000 permite que los empleados públicos puedan ser elegidos concejales, excepto quienes como tales ejerzan jurisdicción administrativa, civil, política o militar o quienes hayan intervenido como ordenadores del gasto en la ejecución de recursos o celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio. Bajo tales parámetros, ya en reiteradas ocasiones, esta Sección ha considerado que las personas que ejercen la profesión de docente no tienen autoridad civil, administrativa o militar, como situaciones generadoras de inhabilidad para ser elegido como concejal.

Fuente Formal: Constitución Política – artículo 127

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 08001–23–33–000–2014–00734–01

Actor: Wilton Molina Siado

Demandado: Concejal del Distrito de Barranquilla

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que presentó el actor contra la sentencia de 21 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo del Atlántico que negó la pretensión de que se declare la nulidad del acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez como concejal del Distrito de Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Wilton Molina Siado, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra del acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez como concejal del Distrito de Barranquilla, período 2012–2015, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

“Primera. Que se declare la nulidad del acto de llamamiento para proveer la vacante del concejo Distrital de Barranquilla, señor Alberto Enrique Sánchez Galvis, identificado con C.C. No. 8662489 por el movimiento político Polo Democrático Alternativo, en reemplazo del concejal electo Rafael Sánchez Anillo, período 2012–2015, o el acto que haga sus veces, Resolución No. 091 de julio 1º de 2014, por medio del cual se posesiona el señor Alberto E. Sánchez Galvis, como concejal de Barranquilla, expedida por la mesa directiva del concejo Distrital de Barranquilla – Atlántico.

2. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, el actor adujo:

–Que en el mes de octubre del año 2011 tuvieron lugar las elecciones para designar las autoridades locales, entre ellos, los concejales del Distrito de Barranquilla, período 2012–2015.

–Que en la época de inscripción de candidatos e incluso en el día de las elecciones, el señor Alberto E. Sánchez Galvis tenía la condición de empleado público, pues se desempeñaba como “*docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Canabuate, como consta en la Resolución No. 005591 del 26*

de junio de 2014, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla”.

– Que, a pesar de tal situación, el demandado se postuló como candidato al concejo de Barranquilla por el partido POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO.

– De la lista de ese partido resultó electo el señor Rafael Sánchez, quien renunció a la curul, razón por la cual fue llamado a ocupar dicho cargo quien figuraba como segundo en la lista de elegibles, esto es, el señor Alberto Sánchez Galvis, quien tomó posesión el día 1º de julio de 2014.

–Que a fin de tomar posesión como concejal, el demandado renunció a su cargo de docente, *“para evitar una incompatibilidad sobreviniente y coetánea con el cargo de concejal, siendo este hecho inane, pues su inhabilidad por prohibición se genera para la fecha de la inscripción y elección, quien para la época el actual concejal Alberto Sánchez, si era empleado público y era portador de una prohibición de participar en política, circunstancia que lo coloca en una causal de nulidad electoral de falta de los requisitos o calidad para ser elegible, conforme lo señala el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia del Consejo de Estado que reseña en esta demanda”*.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor citó como infringidas las siguientes:

- Los incisos 2º y 3º de la Constitución Política.
- El artículo 275–5 del CPACA.
- El artículo 37 de la Ley 996 de 2005.

Si bien el señor Molina Siado no es lo suficientemente claro en los argumentos que sustentan el concepto de la violación, en una labor interpretativa, la Sala entiende que lo que en realidad plantea es que la Carta Política, la Ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado son enfáticas en prescribir que los funcionarios públicos (en concreto los docentes de tiempo completo) tienen prohibido participar en política y mucho más inscribirse a un cargo de elección popular *“ostentando la doble condición de servidor público, conforme con lo que señala el artículo 127 de la Constitución Política y el artículo 37 de la Ley 995 de 2005, lo cual es una prohibición constitucional que genera la nulidad del acto de elección o del llamamiento”*.

Que, por ende, es evidente que debe declararse la nulidad del acto de llamamiento del señor Alberto Sánchez Galvis a ocupar la curul de concejal de Barranquilla por el partido Polo Democrático Alternativo, pues para la época en que se inscribió como candidato se encontraba vinculado al servicio público como docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Cañahuate, cargo que desempeñó hasta el día antes de su posesión como concejal.

4. Contestación de la demanda

El señor Alberto Enrique Sánchez contestó la demanda por intermedio de apoderado. Se opuso a las pretensiones con fundamento en los siguientes argumentos:

–Que *“debido a su condición de docente del Distrito de Barranquilla, se ajustó a los presupuestos y preceptos que prevé el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política, en el entendido que una Ley Estatutaria expedida dentro de los precisos términos constitucionales (Ley 996 de 2005), lo habilitaba para intervenir en política como candidato para aspirar a ser elegido como concejal del Distrito de Barranquilla, para lo cual debía atender las condiciones establecidas en el título II de dicha ley estatutaria”*.

–Que para la época en la que el señor Sánchez Galvis fungía como docente en el sector público del Distrito de Barranquilla y participó en la elección para aspirar una curul en el Concejo de esa misma ciudad, *“no se encontraba inhabilitado constitucionalmente para participar en política en procura de su misma causa o campaña, toda vez que el no desempeñaba empleo público alguno en la Rama Judicial ni en algún órgano electoral o de control, o de seguridad, ni mucho menos era miembro activo de la Fuerza Pública, aunado al hecho que, además, la actividad docente en el sector público que él desempeñaba, no resultaba ser incompatible con el cargo de concejal”*.

–Que según la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, los servidores públicos que no están incluidos en la prohibición que prevé el inciso 2º del artículo 127 constitucional, *“están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia”*.

5. Trámite en primera instancia

Mediante providencia del 20 de agosto de 2014, se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones del caso¹.

El día 22 de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en los términos de los artículos 180 y 283 del CPACA². En esta se señaló que no existía alguna irregularidad que afectara el proceso y se fijó el objeto del litigio³. En esa misma diligencia,

1 Folios 44–45.

2 Folios 79–85.

3 El litigio se fijó en los siguientes términos: “Debemos entender que la parte actora pretende la nulidad de la Resolución N0. 091 de julio 1º de 2014, por medio de la cual se hace un llamado y se posesiona el señor Alberto Enrique Sánchez Galvis como Concejal de Barranquilla, expedida por la mesa directiva del Concejo Distrital de Barranquilla. Acorde con esa identificación acerca de la situación demandada y de conformidad con la congruencia que existe entre los supuestos de hecho y omisiones formulados en la demanda y los aceptados por los demandados, se tiene entonces que el litigio se circunscribe a establecer o determinar, si al expedir el acto acusado la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Barranquilla violó o no se atuvo a la Ley o al procedimiento por encontrarse inhabilitado el

en la medida en que no hubo pruebas por practicarse, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera el respectivo concepto.

6. Fallo impugnado

Mediante sentencia del 21 de noviembre de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda de la referencia. Como sustento de esa decisión, en síntesis, expuso:

“(…) De una lectura de la norma invocada como violada (artículo 127 de la Constitución Política) se advierte que su texto no guarda relación con lo manifestado por el actor en su concepto violatorio, pues la prohibición constitucional de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas que trae los incisos segundo y tercero del artículo 127, hace bincapié en los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, mas no hace referencia alguna de los docentes. Asimismo expresa que los empleados no contemplados en esa prohibición sólo podrán participar en dichas actividades en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

De otra parte, si bien el señor Sánchez Galvis hacía parte de la lista del Concejo de Barranquilla que encabezaba el señor Rafael Sánchez Anillo, éste solo hecho per se, no lo hace incurrir en la doble condición de servidor público, como lo manifiesta el actor, ya que aquél renunció el ejercicio de la docencia para poder posesionarse en el cargo de concejal.

De lo anterior, la Sala no encuentra argumentos normativos suficientes que permitan desvirtuar la legalidad del acto acusado, con base en lo expuesto por el demandante, en relación con la norma constitucional que considera transgredida.

En cuanto al cargo relacionado con el artículo 37 de la Ley 996 de 2005, advierte el Tribunal que el demandante omite expresar el concepto de violación, que permita realizar el correspondiente cotejo de legalidad, de igual forma observa la Sala que la norma traída a colación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1553 de 2005”.

7. Apelación

Mediante escrito del 13 de enero de 2015, el señor Wilton Molina Siado impugnó la decisión de primera instancia. En resumen, además de solicitar que en el presente caso se tuvieran en cuenta las sentencias que se dictaron en los procesos números 2007–01477–02 y T–343 de 2010, manifestó que:

“(…) Muestro mi inconformidad con el fallo, basado a que el a quo le dio una errónea interpretación al inciso 2º y 3º del artículo 127 de la Constitución, en el sentido de que esta norma se aplica solamente para los empleados de la rama judicial, electoral, órganos de control y seguridad, dejando de lado la prohibición del numeral 3 del artículo 127 de la C. P., la cual está supeditada a que los demás empleados públicos para poder participar en elecciones populares, debe existir una ley estatutaria que así los habilite y lo determine”

No existiendo ley estatutaria que los habilite, los empleados públicos no pueden inscribirse para cargos de elección popular, para luego de la elección posesionarse, [pues] sería hacerle un fraude a la ley.

Igualmente el a quo en su fallo desconoce y exige una rigurosa exposición del concepto de la violación del No. 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, con relación a las causales de nulidad de la elección, ¿será que necesitaremos exponer tratados o redactar tesis sobre este artículo para que la justicia opere?. Esta actitud del a quo es una flagrante negación de justicia, pues se observa en la demanda en el ítem de los hechos, aquel que hace referencia a la citada norma, que es una causal de nulidad electoral, y que el a quo no interpretó adecuadamente.

(…)

De antaño, la Sección Quinta ha reiterado que el hecho prohibido por la Constitución genera una inhabilidad, en este caso, la prohibición expresa de participar en política por parte de los empleados públicos, aunándole que este sería un requisito de elegibilidad sobre un criterio idéntico al caso presente contamos con los precedentes de la Honorable Corte Constitucional y de la Sección Quinta del Consejo de Estado…”

8. Trámite en segunda instancia

Una vez se efectuó el correspondiente reparto (24 de febrero de 2015), por auto del 5 de marzo de ese mismo año se admitió el recurso de apelación. En esa misma providencia, se dispuso que el memorial que sustenta dicho recurso se pusiera en conocimiento de las partes por el plazo de 3 días y que vencido ese término el expediente permaneciera en Secretaría a fin de que rindieran los alegatos de conclusión y de que el Ministerio Pública emita el respectivo concepto.⁴

a. Alegatos de las partes en segunda instancia

a. El actor guardó silencio.

demandado al incurrir en una causal de las que la ley tiene establecidas como vicios del acto administrativo. Ahí está circunscrito el debate.

⁴ Folio 135.

- b. La parte demandada reiteró los argumentos de defensa que expuso en la contestación de la demanda. En concreto, se resalta lo siguiente:

“(...) En su recurso de apelación, el actor no logra desvirtuar los argumentos empleados por el a quo en su sentencia y persiste en su desenfoco jurídico por su particular interpretación normativa aplicable en este caso de manera puntual.

Dada la actividad docente del sector público que desempeñaba mi poderdante, para la época en la que se inscribió como candidato y participó en la elecciones para aspirar a ser elegidos como concejal del Distrito de Barranquilla, surge necesario analizar si, de ella, se puede predicar una inhabilidad para los servidores públicos que la desempeñen y pretendan participar en política, según lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política.

En este sentido es necesario resaltar que en relación con las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994 dispone en el numeral 1 de su artículo 45, que éstos no podrán aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura, no obstante en el párrafo 1º del mismo artículo se establece que están exceptuados del régimen de incompatibilidades, aquellos concejales que ejerzan la cátedra, es decir, quienes desempeñen la docencia en cualquier ámbito, esto es, en el público o el privado, sea en el grado escolar o en el universitario.

Con fundamento en la norma analizada, nos encontramos entonces en presencia de la eventualidad que un concejal que aspire como candidato a participar nuevamente en política para mantener la curul que ostenta, puede al mismo tiempo desempeñarse como docente en el sector público, toda vez que las actividades que ejerce como concejal, docente y candidato no son excluyentes entre sí para generar una condición de inelegibilidad del aspirante, en este orden de ideas el hecho que una persona que no sea concejal y sea docente del sector público y desee aspirar en política, pero no pueda hacer uso de ese derecho político, resultaría violatorio del derecho fundamental a la igualdad de este último y, por ende, de la propia Constitución Política...”.

10. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda. Como sustento de la petición, en resumen, manifestó:

Que de acuerdo con el concepto que esa delegada emitió el 24 de enero de 2004 (1765/2004) y con la sentencia del 22 de

abril de 2002 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Exp. 2783, los cuales transcribió in extenso y que, a su juicio, son aplicables al caso, “los argumentos del actor no resultan de recibo ni enervan la presunción de legalidad del acto acusado. Que, en efecto, el artículo 127 de la Constitución Política no prevé para los “empleados públicos al servicio de la docencia la expresa prohibición de participar en política y lograr su elección por vía del voto popular y directo, pues tal limitación sólo comprende a unos servidores públicos, en concreto, “... los empleados del Estados y de las entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en órganos judicial, electoral y de control.”

Que entonces dicha limitante no puede extenderse por vía de analogía a aquellos servidores que la norma en cuestión no contempla, pues se atentaría contra el derecho fundamental a elegir y ser elegido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del CPACA⁵, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia del 21 de noviembre de 2014 del Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó la demanda del acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez como concejal del Distrito de Barranquilla.

2. El acto acusado

Es la Resolución No. 091 del primero de julio de 2014 expedida por el Concejo Distrital de Barranquilla⁶, en cuanto contiene el acto de llamado del señor Alberto Enrique Sánchez a ocupar el cargo de concejal del Distrito de Barranquilla, por el partido Polo Democrático Alternativo, período 2012–2015, así como la respectiva posesión.

3. Estudio de fondo del asunto

Corresponde a la Sala determinar si el demandado estaba imposibilitado para ser elegido como Concejal del Distrito de Barraquilla, porque infringió la prohibición que establece el artículo 127 constitucional, toda vez que, según el actor, para la época de la inscripción de la candidatura se encontraba vinculado al servicio público como docente de tiempo completo del Colegio Distrital El Cañahuate, cargo que desempeñó hasta día antes de su posesión como concejal.

⁵ “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.” (Subrayas fuera de texto)

⁶ Folios 32–33.

La Sala precisa que el presente estudio se efectuará fundado en las normas que el demandante planteó como infringidas en la demanda y en el concepto de violación, así como tomando en consideración los argumentos de defensa del demandado y el concepto del Ministerio Público.

Para efectos de sustentar la decisión que se adoptará en esta providencia, la Sala, en primer lugar, tratará lo referente a la prohibición que prevé el artículo 127 de la Constitución Política, para luego analizar el caso concreto.

– La prohibición que prevé el artículo 127 constitucional

El artículo 127 de la Constitución Política de manera enfática señala que:

Artículo 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales

Modifícanse los incisos 2° y 3° del artículo 127 así

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

Sobre el contenido de la citada disposición constitucional y ante una consulta que elevó el Ministerio de Justicia y del Derecho con ocasión de la Ley de Garantías Electorales, la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 3 de diciembre de 2013 (Radicación interna 2191 y 2191 y adición), se pronunció en el siguiente sentido:

“(…) el reconocimiento constitucional de la libertad de participación en política como una forma de expresión de la voluntad individual, en función de la colectividad, no se puede limitar por la falta de acción del órgano legislativo no ha expedido la norma correspondiente⁷. Desde

los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional se puso de presente la naturaleza de derecho fundamental de la participación en política, al expresar que no podía “ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de la participación política, ya que estos también son inherentes a la naturaleza humana, la cual exige, como algo derivado de su racionalidad, la opción de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos”⁸. En posterior providencia, respecto del desarrollo legal de los límites que ha de tener el empleado del Estado para efectos de ejercer sus derechos de participación política, indicó la Corte Constitucional que la Ley Estatutaria habría de definir las condiciones para participar en las actividades y controversias correspondientes, pero que no podría “extender la prohibición más allá de la previsión constitucional”⁹.

Es decir, en tanto que las limitaciones referidas constituyen una restricción a un derecho fundamental, necesariamente han de explicitarse exactamente en la ley estatutaria correspondiente, de conformidad con el mandato constitucional. En ese orden de ideas, antes de la entrada en vigencia de la norma estatutaria debe entenderse que los “empleados del Estado” comprendidos en la prescripción solo verán limitados sus derechos políticos en los términos que la propia Constitución Política lo dispuso.

Acerca de estos límites la Corte Constitucional indicó que:

“(…) existen linderos precisos, fijados por la misma Constitución, entre el derecho individual que, como persona, tiene el servidor público cobijado por el inciso 3° del artículo 127 de ella –que le permite tomar parte en actividades y controversias políticas en las condiciones que señale la ley– y la actividad que, como servidor público, desarrolla, la cual está exclusivamente enderezada al cumplimiento de las funciones que le imponen la Constitución, la ley y el reglamento (artículos 122, 123 y 209 C.N.). Por ello, abusa de sus derechos el empleado o funcionario que utiliza los elementos de su despacho para hacer proselitismo o para desempeñar en cualquier sentido la actividad política; el que dispone del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses; el que usa con los mismos fines información reservada tomada de los archivos de la entidad pública a los cuales tiene acceso por razón de su cargo; el que ejerce sus competencias de modo tal

⁷ Además este pronunciamiento es anterior a sentencias de la Corte Constitucional sobre este asunto, como por ejemplo la sentencia C-454-1993.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1992.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 1993.

que inclina la balanza del aparato estatal a favor de una determinada corriente o movimiento político".¹⁰

En este orden de ideas, la Sala estima que de acuerdo con la Constitución el funcionario, so pena de sanción por abuso del derecho¹¹, no puede: (i) utilizar la autoridad de la cual está investido para ponerla al servicio de una causa política; (ii) usar los elementos destinados al servicio público para hacer proselitismo o desempeñar en cualquier sentido la actividad política electoral; (iii) usar, con los mismos fines, información reservada a la cual tenga acceso por razón de su cargo; (iv) exonerarse del cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, con el pretexto de ejercer el derecho de participación en política; (v) disponer del tiempo de servicio u horario de trabajo para gestionar ese tipo de intereses. Sin embargo, "la limitación anotada no puede ser motivo para suponer que toda actividad de estos servidores pueda ser sopesada bajo una lupa incriminadora que pretenda hallar en cada uno de sus actos un interés adverso al general, pues ello llevaría al entorpecimiento de actividades que son propias del desempeño de ciertos cargos que tienen como uno de sus cometidos los constantes encuentros con diversos miembros y sectores de la sociedad"¹².

*En conclusión, **los servidores públicos no incluidos en la prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en actividades de los partidos y movimientos políticos, y en controversias políticas, con sujeción a la Constitución (artículos 127 y 110 de la C. P.) y algunas leyes que establecen infracciones o prohibiciones en la materia (ley 734 de 2002 y la ley 996 de 2005). Ahora bien, aun cuando la Constitución deja a la ley estatutaria el definir las condiciones en que se pueda participar, no la autoriza para extender la prohibición más allá de la previsión constitucional (sentencia C-454 de 1993), por cuanto implicaría una limitante injustificada y desproporcionada del derecho fundamental de participación política. Lo que se restringe a los servidores exceptuados de la prohibición no es la participación en actividades y controversias políticas, sino el uso del empleo como medio de presión sobre los ciudadanos para favorecer una determinada causa o campaña, restricción que se establece en aras de preservar la imparcialidad del aparato estatal en el proceso político y la prevalencia***

del bien general de la colectividad sobre los intereses de partidos y grupos.

*Así, la ley estatutaria que expida el Congreso de la República sobre esta materia únicamente podrá regular la "participación en política" de los empleados del Estado en lo relativo a participación en "las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas", pues a esos dos puntos exclusivamente se remite el tercer inciso del artículo 127 de la Constitución cuando dispone que "Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán **participar en dichas actividades y controversias** en las condiciones que señale la Ley Estatutaria." Si la ley estatutaria extendiera las prohibiciones a otros campos de participación legítima en política, estaría violando la Constitución. (Negrillas y subrayado fuera de texto original)*

La Sala comparte plenamente las anteriores conclusiones, pues es evidente que el artículo 127 Constitucional precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido. De manera que los servidores que han quedado comprendidos dentro de ese listado taxativo y **solo ellos** tienen prohibida la participación en actividades políticas.

En otras palabras, esa misma disposición constitucional habilita y permite el ejercicio de la actividad política a todos los demás empleados que no se encuentren contemplados expresamente en la prohibición.

Empero, valga la pena aclarar que el ejercicio efectivo de este derecho deberá desarrollarse de conformidad con la ley que para tal efecto expida el Congreso. El hecho de que sobre el particular se evidencie una falta de acción del órgano legislativo, contrario a lo que expone el actor, no es óbice para que se entienda que esa libertad constitucional de los servidores públicos de participar en política está restringida, pues como bien lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, las limitaciones a dicho derecho fundamental deben estar ineludiblemente contenidas en la respectiva ley estatutaria.

En consecuencia, hasta que entre en vigencia tal normativa es imprescindible entender que los derechos políticos de los servidores públicos a los que hace alusión el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política, únicamente podrán limitarse en los precisos parámetros que la propia Carta Política prevea.

Ahora bien, tales precisiones permiten concluir que hizo bien el a quo al denegar las súplicas de la demanda de la referencia, pues la norma en cuestión no prevé como situación prohibitiva el ejercicio de la docencia y, por ende, el señor Alberto Enrique Sánchez Galvis en su condición de profesor, podía participar en la contienda electoral que tuvo lugar en octubre de 2011 y, por ende, resultar electo como Concejal del Distrito de Barranquilla.

10 Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1993.

11 Al respecto ver la sentencia de la Corte Constitucional C-454 de 1993 y la sentencia del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 11 de mayo de 2004. Radicación número: 25000 - 23 - 15 - 000 - 2002 - 2147 - 01(IJ)

12 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de 28 de abril de 2005. Radicación número: 25000-23-25-000-1998-00655-02(6210-03)

La Sala recuerda que las causales de inhabilidad y nulidad de una elección son restrictivas, de tal forma que no es posible la analogía ni hacer interpretaciones extensivas de las mismas. El juez del Estado de Derecho no puede realizar interpretaciones y elucubraciones que desconozcan el alcance de la norma constitucional en abierta contradicción de los derechos fundamentales, principio axial de aquel.

Aunado a lo anterior, se pone de presente que incluso la inhabilidad que consagraba el numeral 5 del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 en el sentido que no podían ser concejales quienes dentro de los 6 meses anteriores a la elección hayan sido empleados públicos y los trabajadores oficiales (lo cual incluía a los docentes que prestaban sus servicios a instituciones públicas) fue derogada desde el 9 de octubre de 2000 con la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000.

El artículo 40 de la Ley 617 de 2000 permite que los empleados públicos puedan ser elegidos concejales, excepto quienes como tales ejerzan jurisdicción administrativa, civil, política o militar o quienes hayan intervenido como ordenadores del gasto en la ejecución de recursos o celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio.

Bajo tales parámetros, ya en reiteradas ocasiones, esta Sección¹³ ha considerado que las personas que ejercen la profesión de docente no tienen autoridad civil, administrativa o militar, como situaciones generadoras de inhabilidad para ser elegido como concejal.

Sobre el particular se ha dicho:

“(.. .) De acuerdo con el concepto de función docente confrontada con las definiciones y alcances de las figuras ejercicio de autoridad civil, administrativa y militar, (causas generadoras de inhabilidad para ser elegido concejal), se concluye que el cargo de educador no es de aquellos que implica potestad, poder o mando. Con su ejercicio, no se ejerce ninguna de las clases de autoridad que la norma contempla para que se tipifique la causal endilgada. Además, tampoco se presenta el segundo de los presupuestos que configuran la causal, pues el demandado no ejerció el cargo de docente en el municipio en el cual resultó elegido.

Así las cosas, se establece que en este caso, tal como lo consideró el a quo, no se encuentran acreditados los presupuestos para dar por probada la censura alegada.

De otra parte, debe aclararse al demandante que no es a través de la acción electoral que se sancionan las conductas constitutivas de mala conducta que se llegaren a acreditar respecto de las actividades de los docentes, pues para tal propósito el Legislador estableció la autoridad competente para adelantar

dicho procedimiento disciplinario. Ello, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2277 de 1979. De encontrarse acreditado el incumplimiento a tales deberes o prohibiciones su sanción opera en la forma prevista, únicamente con alcances disciplinarios y no, para declarar nulo el acto de elección.

Finalmente, debe precisarse que a través de la acción contenciosa electoral se decide sobre la constitucionalidad y la legalidad de los actos que declaran una elección. El juez analiza, si así lo ha propuesto el actor, sobre la ausencia de calidades o de requisitos constitucionales o legales para el desempeño del cargo, acerca de si recae en el candidato elegido un impedimento o inhabilidad para ser elegido, esto es, causales de inelegibilidad o presencia de inhabilidades que legalmente le impedirían resultar válidamente elegido. Se trata de condiciones negativas preexistentes al nacimiento del acto administrativo electoral”.

Por último, a pesar de que el actor insiste en que en el presente asunto se tengan en cuenta las decisiones que se dictaron en los procesos números 2007–01477–02 y T–343 de 2010, es lo cierto que lo decidido en estos casos en nada guarda relación con el asunto que se debate en el sub examine, pues versaron sobre la configuración de una inhabilidad con fundamento en el numeral 7 del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, toda vez que el elegido como alcalde se había desempeñado como alcalde encargado dentro de los 24 meses a la elección.

En efecto, dentro del proceso 2007–01477–02, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección del entonces alcalde de Yumbo (Ferney Humberto Lozano), pues consideró que el hecho de que hubiera inscrito su candidatura a la alcaldía sin que transcurrieran 24 meses desde la dejación de su cargo de alcalde encargado, configuraba una inhabilidad que le impedía acceder a tal dignidad.

Por su parte, mediante la sentencia T-343 de 2010, la Corte Constitucional confirmó la sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 12 de noviembre de 2009, mediante la cual negó la acción de tutela promovida por el señor Ferney Humberto Lozano Camelo, contra la Sentencia de 31 de julio de 2009 proferida por la Sección Quinta de esa misma corporación dentro del citado proceso No. 2007–01477–02.

Entonces, no cabe duda que lo que ahora ocupa la atención de la Sala no guarda relación con lo decidido en los citados procesos, pues en ningún momento el debate se circunscribió a la aplicación de la prohibición del artículo 127 constitucional, que es la norma que sirve de sustento a la presente demanda.

Por consiguiente, lo que se impone, es confirmar la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico.

¹³ Entre otras, ver sentencia del 2 de octubre de 2008. Exp. 2007–01506–02. M. P. Susana Buitrago Valencia

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,

FALLA:

Primero. Confirmar la sentencia del 21 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda que interpuso el señor Wilton Molina Siado contra el acto de llamamiento del señor Alberto Enrique Sánchez Galvis como Concejal del Distrito de Barranquilla.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Con Aclaración de Voto

Alberto Yepes Barreiro

Con Aclaración de Voto

Susana Buitrago Valencia

ACLARACIÓN DE VOTO DEL DOCTOR ALBERTO YEPES BARREIRO

PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA – La Constitución precisa los casos en los cuales el ejercicio del derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político se entiende restringido

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito exponer los argumentos jurídicos por los cuales, si bien comparto el sentido de la providencia que se aclara, considero que en la parte motiva de la misma dejaron de explicarse las verdaderas razones por las cuales no se configuraba la causal de nulidad electoral alegada por la parte demandante. De la lectura de la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución Política, prohibición que el actor indicó violada por el concejal, se desprende que esta norma constitucional debe sujetarse al tratamiento que el legislador, dentro de su libertad de configuración, estime conveniente darle y, por lo tanto, no podrá tener aplicación efectiva hasta que su desarrollo legislativo no tenga lugar; darle aplicación a la misma implica necesariamente que el operador jurídico se arrogue de facto las causales en donde se debe aplicar la norma, lo que conlleva por se la facultad de atribuirse competencia para señalar aquellas circunstancias que el constituyente ha atribuido taxativa y expresamente al legislador, no de manera opcional sino imperativa como lo ordena la norma.

Como es sabido, contrario a lo que ocurría en la Constitución Nacional de 1886, cuyo articulado simplemente imponía un límite a la actuación del legislador, quien podía desarrollar el ordenamiento jurídico libremente dentro del límite flexible que se le otorgaba, la Constitución Política de 1991 es una constitución de principios, fundada en la dignidad del hombre y cuyas normas por ende, devienen en directa aplicación. Bajo este entendido, el poder legislativo juega un rol, que aunque muy importante, generalmente no tiene el poder de supeditar a su desarrollo los mandatos de optimización contenidos en la norma constitucional. Bajo este entendido, sólo en ciertos eventos considerados especialmente por el nuevo constituyente, resulta necesario que la ley entre a desarrollar algún asunto específico que le hubiera sido conferido. (...).

La anterior reflexión sólo con el fin de evidenciar la importancia que a la luz de la nueva Constitución tienen los mandatos conferidos por el constituyente al legislador, de suerte tal que su desarrollo legislativo no está sujeto a la mera liberalidad del legislador, sino que más bien constituye un mandato constitucional directamente impuesto por el constituyente, por lo que su desconocimiento acarrea una verdadera omisión legislativa. En este orden de ideas, mal haría esta Sección en asumir funciones legislativas que no son de su competencia, al desarrollar lo que la Constitución Política ha reservado para el legislador.

En efecto, cuando el propio artículo constitucional establece a ciertos empleados del Estado la prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias

políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, mientras que a los demás los habilita para ello pero bajo los parámetros que al efecto imponga una ley estatutaria, es precisamente porque estima necesario establecer dicho régimen so pena de que no tengan idénticas consecuencias jurídicas aquellos supuestos de hecho que no lo son. En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales aclaro el voto con el cual apoyé la decisión proferida mediante la sentencia de la referencia.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito exponer los argumentos jurídicos por los cuales, si bien comparto el sentido de la providencia que se aclara, considero que en la parte motiva de la misma dejaron de explicarse las verdaderas razones por las cuales no se configuraba la causal de nulidad electoral alegada por la parte demandante.

El artículo 127 de la Constitución Política, prohibición que el actor indicó violada por el concejal, establece en su parte pertinente lo siguiente:

“A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”.

Frente a la aplicación de la norma en cita, la sentencia objeto de aclaración sostuvo:

“Esa misma disposición constitucional habilita y permite el ejercicio de la actividad política a todos los demás empleados que no se encuentran expresamente contemplados en la prohibición.

Empero, valga la pena aclarar que el ejercicio efectivo de este derecho deberá desarrollarse de conformidad con la ley que para tal efecto expida el Congreso. El hecho de que sobre el particular se evidencia una falta de acción del órgano legislativo, contrario a lo que expone el actor, no es óbice para que se entienda que esta libertad constitucional de los servidores públicos de participar en política esté restringida, pues como bien lo ha puesto de presente la Corte Constitucional, las limitaciones a dicho derecho fundamental deben estar ineludiblemente contenidas en la respectiva ley estatutaria.

En consecuencia, basta que entre en vigencia tal normativa es imprescindible entender que los derechos políticos de los servidores públicos a los que hace alusión el inciso 3º del artículo 127 de la Constitución Política, únicamente podrán limitarse en los precisos parámetros que la propia carta prevea".¹

En efecto, de la lectura de la prohibición se desprende que esta norma constitucional debe sujetarse al tratamiento que el legislador, dentro de su libertad de configuración, estime conveniente darle y, por lo tanto, no podrá tener aplicación efectiva hasta que su desarrollo legislativo no tenga lugar; darle aplicación a la misma implica necesariamente que el operador jurídico se arroge de facto las causales en donde se debe aplicar la norma, lo que conlleva *per se* la facultad de atribuirse competencia para señalar aquellas circunstancias que el constituyente ha atribuido taxativa y expresamente al legislador, no de manera opcional sino imperativa como lo ordena la norma.

Como es sabido, contrario a lo que ocurría en la Constitución Nacional de 1886, cuyo articulado simplemente imponía un límite a la actuación del legislador, quien podía desarrollar el ordenamiento jurídico libremente dentro del límite flexible que se le otorgaba, la Constitución Política de 1991 es una constitución de principios, fundada en la dignidad del hombre y cuyas normas por ende, devienen en directa aplicación. Bajo este entendido, el poder legislativo juega un rol, que aunque muy importante, generalmente no tiene el poder de supeditar a su desarrollo los mandatos de optimización contenidos en la norma constitucional.

A manera de ejemplo, mientras la Constitución Nacional de 1886 restringía en materia de libertad de cultos al desarrollo legislativo que quisiera darle el legislador, la Constitución Política de 1991, contrario a conceder una libertad, la reconoce como innata al ser humano.

La misma situación puede evidenciarse en lo relativo al derecho fundamental, antes civil, de la libertad de prensa. Si bien la Constitución Nacional de 1886 concedía a los ciudadanos el derecho civil a la libertad de culto, limitaba su alcance al desarrollo legislativo que quisiera darle el legislador. Por su parte, la Constitución Política de 1991, contrario a conceder dicha libertad, la reconoce y garantiza sin limitación alguna.

Lo anterior en las palabras del Profesor Josep Aguilo Regla evidencia *"la oposición entre estos dos modelos de concepción constitucional que no es en realidad otra cosa que una proyección de la oposición general en la concepción del derecho entre el modelo de las reglas y el modelo de los principios"*.

A todas luces, las diferencias que existen entre los textos constitucionales demuestran que en el pasado el poder de la ley, y por tanto el del mismo legislador, era amplísimo al punto de crear el ordenamiento jurídico con el único límite que eventualmente la Constitución pudiera darle, al grado de que era la ley la que otorgaba

o concedía los derechos civiles a los ciudadanos.

Por el contrario, a partir de la Constitución de 1991, son mayoría los mandatos de optimización que tienen aplicación directa, por lo que a partir de la vigencia de esta nueva Carta el ciudadano, en consideración de su dignidad humana, es sujeto de derechos fundamentales por el sólo hecho de ser persona, y por tanto, los mismos se le reconocen y ya no se le conceden.

Lo anterior en palabras del profesor Gustavo Zagrebelsky se explica con fundamento en la Teoría Pública de los Derechos Subjetivos, *"desde el punto de vista del Estado como legislador, teniendo en cuenta que los derechos no podían concebirse sino como una limitación al mismo, sino como una autolimitación y como una concesión. Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto de la autoridad pública consistía en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés"*.³

Bajo este entendido, sólo en ciertos eventos considerados especialmente por el nuevo constituyente, resulta necesario que la ley entre a desarrollar algún asunto específico que le hubiera sido conferido.

La anterior reflexión sólo con el fin de evidenciar la importancia que a la luz de la nueva Constitución tienen los mandatos conferidos por el constituyente al legislador, de suerte tal que su desarrollo legislativo no está sujeto a la mera liberalidad del legislador, sino que más bien constituye un mandato constitucional directamente impuesto por el constituyente, por lo que su desconocimiento acarrea una verdadera omisión legislativa.

En este orden de ideas, mal haría esta Sección en asumir funciones legislativas que no son de su competencia, al desarrollar lo que la Constitución Política ha reservado para el legislador.

En efecto, cuando el propio artículo constitucional establece a ciertos *empleados del Estado la prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, mientras que a los demás los habilita para ello pero bajo los parámetros que al efecto imponga una ley estatutaria*, es precisamente porque estima necesario establecer dicho régimen so pena de que no tengan idénticas consecuencias jurídicas aquellos supuestos de hecho que no lo son.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales aclaro el voto con el cual apoyé la decisión proferida mediante la sentencia de la referencia.

Con toda consideración,

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

¹ Folios 9 y 10.

² Josep Aguilo Regla, Sobre la Constitución del Estado Constitucional, Págs. 430 y 432.

³ Gustavo Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, Capítulo Tercero "La separación de los derechos respecto de la ley"

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DOCTORA LUCY
JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA – A los servidores públicos les está permitido inscribirse como miembros de sus partidos y les está prohibido cualquier tipo de constreñimiento a sus subalternos – SERVIDORES PÚBLICOS – Participación en política

Con el acostumbrado respeto, aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con los derechos y las restricciones a los servidores públicos para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Tal como lo señala el proyecto, el artículo 127 Constitucional, señala que a los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio del derecho al sufragio y los la fuerza pública no es deliberante y sus miembros no podrán ejercer el derecho al sufragio. Así mismo, el ejercicio efectivo del derecho a participar en la conformación del poder político para para los demás empleados del Estado deberá desarrollarse de conformidad con las condiciones que establezca la ley estatutaria que para tal efecto expida el Congreso, y a la fecha tal ley estatutaria no ha sido expedida. Sin embargo es necesario aclarar que existen normas que establecen derechos y crean restricciones al ejercicio de este derecho fundamental constitucional, que no fueron mencionadas en el fallo frente al cual aclaro mi voto. En la Ley 996 de 2005 estableció que a los servidores públicos les está permitido inscribirse como miembros de sus partidos políticos y les está prohibido frente a sus subalternos cualquier tipo de constreñimiento para que respalden una causa política: (i) acosar, presionar o determinar (ii) favorecer con promociones o modificaciones, (iii) ofrecer algún tipo de beneficio directo y, (iv) aducir razones de buen servicio para despedir a sus subalternos para alguna causa o campaña política entre otros (...).

De igual manera, la Ley 734 de 2002, establece en el numeral 39 del artículo 48 como falta gravísima “Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley”. Así las cosas, aunque el órgano legislativo no ha emitido la ley estatutaria que desarrolle el artículo 127 Superior sobre la participación política de los servidores públicos, en las normas anteriormente mencionadas existen derechos y restricciones específicos para todos los servidores públicos, que aunque no generan inhabilidades – puesto que no se ha señalado taxativamente– son prohibiciones establecidas en la normativa que se constituyen en restricciones al derecho fundamental de los servidores públicos del ejercicio y conformación del poder político, como faltas disciplinarias sancionables hasta con la pérdida del cargo, y no fueron mencionadas en el fallo de 14 de

mayo de 2015. En estos términos aclaro mi voto.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Con el acostumbrado respeto, aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la demanda, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con los derechos y las restricciones a los servidores públicos para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Tal como lo señala el proyecto, el artículo 127 Constitucional, señala que a los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio del derecho al sufragio y los la fuerza pública no es deliberante y sus miembros no podrán ejercer el derecho al sufragio.

Así mismo, el ejercicio efectivo del derecho a participar en la conformación del poder político para para los demás empleados del Estado deberá desarrollarse de conformidad con las condiciones que establezca la ley estatutaria que para tal efecto expida el Congreso, y a la fecha tal ley estatutaria no ha sido expedida. Sin embargo es necesario aclarar que existen normas que establecen derechos y crean restricciones al ejercicio de este derecho fundamental constitucional, que no fueron mencionadas en el fallo frente al cual aclaro mi voto.

En la Ley 996 de 2005 “*Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.*”, en el Título III sobre “*Participación en política de los servidores públicos*”, cuya constitucionalidad fue estudiada en la Sentencia C-1153 de 2005 de la Corte Constitucional, estableció que a los servidores públicos les está permitido inscribirse como miembros de sus partidos políticos y les está prohibido frente a sus subalternos cualquier tipo de constreñimiento para que respalden una causa política: (i) acosar, presionar o determinar (ii) favorecer con promociones o modificaciones, (iii) ofrecer algún tipo de beneficio directo y, (iv) aducir razones de buen servicio para despedir a sus subalternos para alguna causa o campaña política, entre otros, así:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de



Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2015

Asuntos Electorales

Tomo I A

cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.

3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades

proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.

Artículo 39. Se permite a los servidores públicos. Los servidores públicos, en su respectiva jurisdicción, podrán:

1. Declarado INEXEQUIBLE.
2. Inscribirse como miembros de sus partidos.
3. Declarado INEXEQUIBLE.
4. Declarado INEXEQUIBLE

De igual manera, la Ley 734 de 2002, establece en el numeral 39 del artículo 48 como falta gravísima “*Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley*”.

Así las cosas, aunque el órgano legislativo no ha emitido la ley estatutaria que desarrolle el artículo 127 Superior sobre la participación política de los servidores públicos, en las normas anteriormente mencionadas existen derechos y restricciones específicos para todos los servidores públicos, que aunque no generan inhabilidades – puesto que no se ha señalado taxativamente– son prohibiciones establecidas en la normativa que se constituyen en restricciones al derecho fundamental de los servidores públicos del ejercicio y conformación del poder político, como faltas disciplinarias sancionables hasta con la pérdida del cargo, y no fueron mencionadas en el fallo de 14 de mayo de 2015.

En estos términos aclaro mi voto.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Consejera de Estado